

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

30 anos

1988 - 2018

Aline Damasceno Pereira de Sena
André Ladeira da Rocha Leão
Bárbara Lívio
Carlos José Cordeiro
Fernanda Tironi Versiani Penna
João Carneiro Duarte Neto
José Afrânio Vilela
José Marcos Rodrigues Vieira
José Tarcízio de Almeida Melo
Kildare Gonçalves Carvalho
Lílian Maciel Santos
Luís Carlos Balbino Gambogi
Lupércio Paulo Fernandes de Oliveira
Marcos Henrique Caldeira Brant

Marcos Lincoln dos Santos
Moacyr Lobato de Campos Filho
Nicolau Lupianhes Neto
Ramom Tácio de Oliveira
Renato Luís Dresch
Renzzo Giacomo Ronchi
Roberta Araújo de Carvalho Maciel
Rodrigo Martins Faria
Roger Galino
Rogério Medeiros Garcia de Lima
Saulo Versiani Penna
Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes
Tássia Carolina Padilha dos Santos



CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

30 anos

1988 - 2018

Realização



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEF

Rua Goiás, 229, 5º andar, Centro, Belo Horizonte/MG

CEP 30190-925

Endereço eletrônico: www.ejef.tjmg.jus.br

E-mail: gejur@tjmg.jus.br

Os conceitos e afirmações emitidos nesta obra são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Constituição do Brasil: 30 anos 1988 – 2018 / Perez, Áurea Maria Brasil Santos ... [et al.] (orgs.); Sena, Aline Damasceno Pereira de ... [et al.] – Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Escola Judicial “Des. Edésio Fernandes”, 2019.

644 p.

ISBN: 978-85-98923-25-3

1. Direito constitucional – Brasil – Coletânea. I. Brasil – Constituição (1988). II. Minas Gerais. Tribunal de Justiça. Escola Judicial “Des. Edésio Fernandes”.

CDU: 342.4

CDD: 341.2

ORGANIZADORES

Áurea Maria Brasil Santos Perez, Kildare Gonçalves Carvalho,
Marcos Henrique Caldeira Brant, Nicolau Lupianhes Neto,
Osvaldo Oliveira Araújo Firmo, Rogério Medeiros Garcia de Lima

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

30 anos

1988 - 2018

Belo Horizonte
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
2019

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Desembargador Nelson Missias de Moraes
Presidente

Desembargador José Afrânio Vilela
Primeiro Vice-Presidente

Desembargadora Áurea Maria Brasil Santos Perez
Segunda Vice-Presidente e Superintendente da EJEJF

Desembargadora Mariangela Meyer Pires Faleiro
Terceira Vice-Presidente

Desembargador José Geraldo Saldanha da Fonseca
Corregedor-Geral de Justiça

Desembargador Jayme Silvestre Corrêa Camargo
Vice-Corregedor-Geral de Justiça

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Comitê Técnico

Desembargadora Áurea Maria Brasil Santos Perez

Desembargadora Maria Luíza de Marilac Alvarenga Araújo

Desembargador Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa

Desembargadora Kárin Liliane de Lima Emmerich e Mendonça

Desembargador Moacyr Lobato de Campos Filho

Juiz de Direito Luís Fernando de Oliveira Benfatti

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas: Ana Paula Andrade
Prosdocimi da Silva

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental: Fernando Rosa de
Sousa

Produção Editorial

Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - *GEJUR/DIRGED*

Coordenação de Publicação e Divulgação da Informação Técnica - *CODIT*

Centro de Publicidade e Comunicação Visual - *CECOV/ASCOM*

Coordenação de Mídia Impressa e Eletrônica - *COMID*

Projeto gráfico: Cristina Baía Marinho

Colaboração - Maestro Lukas d'Oro (elaboração digital de recorte de trecho do
Hino Nacional)

Sumário

Prefácio: Uma contribuição à democracia	9
<i>Desembargador Nelson Missias de Moraes - Presidente do TJMG</i>	
Apresentação.....	11
<i>Desembargadora Áurea Maria Brasil Santos Perez - 2ª Vice-Presidente do TJMG e Superintendente da EJEF</i>	
Escorço histórico.....	13
<i>Marcos Henrique Caldeira Brant</i>	
O acesso à Justiça sob a égide da Constituição Federal de 1988 e os desafios do Poder Judiciário.....	39
<i>Aline Damasceno Pereira de Sena</i>	
Da universalização “judicial” do direito à saúde à uniformização de sua tutela.....	57
<i>André Ladeira da Rocha Leão</i>	
A Constituição Federal de 1988 e a incorporação de diplomas internacionais relativos a questões de gênero	81
<i>Bárbara Lívio</i>	
O marco da Constituição Federal de 1988 no reconhecimento das novas formações familiares: a afetividade como princípio jurídico do direito das famílias	101
<i>Carlos José Cordeiro</i>	
Comentários acerca dos fundamentos da nossa República após 30 anos de Constituição democrática.....	119
<i>João Carneiro Duarte Neto</i>	

Trinta anos da Constituição Cidadã: direitos dos indígenas	139
<i>José Afrânio Vilela</i>	
Contraditório fundamental: autoridade estrutural da coisa julgada	155
<i>José Marcos Rodrigues Vieira</i>	
Constituição de 1988: causas da crise constitucional e dos conflitos políticos.....	181
<i>José Tarcízio de Almeida Melo</i>	
Democracia participativa no Brasil pós-88	213
<i>Kildare Gonçalves Carvalho</i>	
As transformações ocorridas no Poder Judiciário nos 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988 com enfoque na análise das decisões dos Tribunais Superiores, em específico o caso do Registro de Candidatura nº 11.532.....	235
<i>Lílian Maciel Santos</i>	
Silhueta do pensamento filosófico antropológico.....	269
<i>Luís Carlos B. Gambogi</i>	
Uso e abuso da justiça gratuita ante o princípio constitucional do amplo acesso à justiça e respectivos impactos no orçamento do TJMG	297
<i>Lupércio Paulo Fernandes de Oliveira</i>	
Os símbolos nacionais na Constituição.....	331
<i>Marcos Henrique Caldeira Brant</i>	
A efetividade da prestação jurisdicional a partir da Resolução nº 125/2010 do CNJ	355
<i>Marcos Lincoln dos Santos e Tássia Carolina Padilha dos Santos</i>	

A ordem econômica na Constituição de 1988 e a proteção ao consumidor 381

Moacyr Lobato de Campos Filho

Contributo para a reintegração do enunciado constitucional proclamado pelo art. 52, parágrafo único, da Constituição da República: o *impeachment* e a impropriedade do fatiamento senatorial 399

Nicolau Lupianhes Neto

Fundamentação como condição da decisão judicial, uma garantia constitucional e conquista da democracia 427

Ramom Tácio de Oliveira

Direito à saúde na Constituição: critérios da responsabilidade solidária e da integralidade de assistência 445

Renato Luís Dresch

Perspectiva para o julgamento da ADPF nº442/DF: a tese da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação e a contribuição de Ronald Dworkin para solucionar casos difíceis 473

Renzo Giacomo Ronchi

A gestão judiciária após a Constituição Federal de 1988 505

Roberta Araújo de Carvalho Maciel

Regime jurídico da aposentadoria com proventos integrais por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável 523

Rodrigo Martins Faria

Penhorabilidade de verbas salariais: hermenêutica constitucionalmente adequada para a solução do conflito aparente entre o direito fundamental do credor à efetividade da execução e a manutenção de vida digna do devedor 537

Roger Galino

Constituição de 1988: três décadas e um breve balanço.....	569
<i>Rogério Medeiros Garcia de Lima</i>	
Os métodos autocompositivos de solução de conflitos no Brasil: sua legitimidade jurídica, democrática e os desafios da sua implementação após os 30 anos da Constituição Federal	599
<i>Saulo Versiani Penna e Fernanda Tironi Versiani Penna</i>	
A justiça e os vulneráveis: o Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais incorporados pela Constituição Federal de 1988.....	627
<i>Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes</i>	
Referências das epígrafes	639

Prefácio

Uma contribuição à democracia

Desembargador Nelson Missias de Moraes

Presidente do TJMG

Em boa hora, a Escola Judicial Edésio Fernandes, a EJEF, traz a público a presente coletânea de artigos de magistrados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais com análises sobre a Constituição da República, redigidos sob o estímulo das comemorações dos seus 30 anos de vigência, em outubro de 2018.

Digo em boa hora porque o conjunto de 25 textos, a despeito de sua variedade temática, apresenta vigorosa coerência no que diz respeito à defesa dos avanços trazidos pela Constituição para o exercício da plena cidadania e, particularmente, para o fortalecimento do Poder Judiciário. Aliás, convém afirmar que nem mesmo o exagerado número de emendas impostas ao texto foi capaz de descaracterizar sua espinha dorsal de constituidora da cidadania, que lhe garantiu o merecido epíteto de ‘cidadã’. Cidadã, sim, pois nenhuma das Cartas que a precederam foi tão incisiva na caracterização dos direitos e garantias do indivíduo.

Não é demais lembrar que por ocasião de sua promulgação o país ainda transitava de uma longa noite de autoritarismo, repleta de

ataques à cidadania, para o que era ainda somente ânsia de liberdade e de estabilidade democrática. Havia esperança, mas permeada de incertezas. Nas três décadas que se sucederam presenciamos algumas atribulações, mas nenhuma delas, felizmente, foi capaz de impedir sua consolidação como garantidora da Democracia e dos direitos e garantias individuais, alçados à condição de cláusulas pétreas.

Deve-se isso, em grande parte, ao fato de ela ter conferido nova configuração ao Poder Judiciário, assegurando sua autonomia administrativa e financeira, e por ter elevado à esfera constitucional as garantias indispensáveis ao exercício da magistratura, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio.

Sabidamente, a Constituição também soube consolidar indispensável sistema de freios e contrapesos para, simultaneamente, garantir a separação de Poderes e possibilitar o controle cruzado entre eles, sem impedir o funcionamento alheio ou invadir áreas de atuação.

Por todas essas razões, cabe-nos saudar a iniciativa da EJEJ e cumprimentar cada um dos autores, colegas desembargadores e juízes, que colocaram sua competência jurídica e experiência na análise temática dos muitos aspectos relevantes da Carta Magna.

Com toda certeza, esta é uma publicação que traz relevante contribuição ao mundo jurídico brasileiro e já pode ser considerada mais um marco na consolidação da dinâmica democrática que vivemos nessas três décadas.

Apresentação

Desembargadora Áurea Maria Brasil Santos Perez
2ª Vice-Presidente do TJMG e Superintendente da EJEF

Em comemoração aos 30 anos da Constituição Brasileira de 1988, esta obra acadêmica executada com o apoio da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes reflete duas das principais marcas de sua grande homenagem: o pluralismo e a diversidade.

Os mais variados temas escolhidos pelos magistrados, chamados a abordar a Constituição Cidadã em sua trajetória de três décadas, são reflexo da riqueza do texto analítico elaborado pelo constituinte originário e, além disso, espelho do paradigma atual do constitucionalismo brasileiro, em que a Constituição é reconhecida em sua centralidade no ordenamento jurídico, irradiando sua normatividade axiológica para todos os âmbitos do Direito.

Assim, o leitor encontrará, nesta cuidadosa obra, manifestações dos influxos da Constituição da República de 1988 em vários ramos, como no Direito Penal, no Direito Eleitoral, no Direito do Consumidor, no Direito de Família, no Direito Processual, no Direito Internacional, no Direito Previdenciário e, acentuadamente, nos Direitos Humanos.

E não poderia ser diferente. Afinal, a Constituição Democrática é onde o Direito e a Política se interpenetram, revelando-se o *locus* privilegiado para o debate dos mais variados interesses provindos do organismo vivo que representa: a sociedade.

Portanto, esta obra comemorativa pretende ser uma amostra de como a Constituição de 1988, em seus 30 anos de trajetória evolutiva, tem sido uma abundante expressão dos valores, das tradições e das preocupações da sua sociedade, além de imprescindível aliada no alcance daquilo que o constituinte originário já expressara no preâmbulo: *uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*.

Agradeço penhoradamente aos colegas que nos honraram com a sua valiosa participação na Comissão Organizadora desta coletânea, todos juristas de excepcional talento e reconhecida autoridade doutrinária e acadêmica: os Desembargadores Kildare Gonçalves Carvalho, Marcos Henrique Caldeira Brant, Osvaldo Oliveira Araújo Firmo, Rogério Medeiros Garcia de Lima e o Juiz de Direito Nicolau Lupianhes Neto, cujo criterioso trabalho culminou na primorosa seleção dos artigos que compõem esta obra.

Agradeço, ainda, a gentileza de todos os colegas que se dispuseram a subscrever os excelentes artigos que integram este livro, ao tempo em que também os felicito pelo substancial e qualificado conteúdo que proporcionam à comunidade jurídica.

Congratulo, também, os servidores da EJEJ Fernando Rosa de Sousa, Thiago Doro e Claudiciano Pereira, pelo empenho e dedicação no preparo desta obra, bem como a equipe da CODIT, que efetuou a revisão, e todos os servidores da Biblioteca Desembargador Amílcar de Castro, pela importante contribuição com a pesquisa das epígrafes que antecedem os artigos.

Boa leitura!

Escorço histórico

Marcos Henrique Caldeira Brant
Desembargador do TJMG

1 Contexto histórico e político

A Constituição de 1988, nominada como “Carta Cidadã” em virtude da consolidação do Estado democrático de direito promovida no país — bem como pelo fortalecimento dos direitos essenciais ao cidadão —, é alvo de algumas controvérsias quanto à sua colocação na linha hereditária constitucional.

Para alguns, ela seria a sétima constituição brasileira, para outros, contudo, seria, na verdade, a oitava.

Durante todo o Império, o Brasil teve apenas uma constituição: a de 1824 (Carta Imperial), que vigorou por 66 anos.

Já na República, tivemos as constituições de 1891 (Carta Republicana), que vigorou por 43 anos; 1934 (Carta de Weimar), que vigorou por 3 anos; 1937 (Carta Polaca), que vigorou por 8 anos; 1946 (Carta da Redemocratização), que vigorou por 20 anos; e 1967 (Carta Revolucionária), que vigorou por 21 anos.

Em 1969, com o falecimento do Presidente Artur da Costa e Silva, assumiu a presidência uma Junta Militar Governativa Provisória, composta por três oficiais gerais, impedindo, assim, que a sucessão se fizesse em favor do Vice-Presidente.

Naquele mesmo ano, a Junta Militar promulgou a Emenda Constitucional nº 1, que, por suas profundas modificações introduzidas na Constituição de 1967, foi considerada uma nova constituição.

A Constituição Federal de 1988 ou, numa denominação mais técnica, Constituição da República, foi elaborada pelo Congresso Constituinte, composto por 72 senadores e 487 deputados, todos eleitos democraticamente, em 15 de novembro de 1986, e empossados em 1º de fevereiro de 1987.

O texto, originalmente com 245 artigos de Disposições Permanentes, dos quais 13 artigos são de Disposições Gerais e 70 artigos de Disposições Transitórias, foi resultado de 19 exaustivos meses de trabalho dos congressistas constituintes (realizados entre 1º/2/1987 a 22/9/1988), que se reuniram em Assembleia Nacional, analisando mais de 61.000 emendas, entre as quais 122 de caráter popular. Foram realizadas 341 sessões e 1.029 votações.

Pela sua configuração legislativa, restou estruturada em títulos que se dividem de acordo com as atribuições de seus artigos. Cada título traz os artigos referentes a determinada área ou princípio, de modo que ficasse mais fácil subdividir todas as características que regimenteriam a sociedade brasileira.

São eles: Título I – Princípios Fundamentais; Título II – Direitos e Garantias Fundamentais; Título III – Organização do Estado; Título IV – Organização dos Poderes; Título V – Defesa do Estado e das Instituições Democráticas; Título VI – Tributação e Orçamento; Título VII – Ordem Econômica e Financeira; Título VIII – Ordem Social; Título IX – Disposições Constitucionais Gerais; Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Constituição, mesmo após 30 anos de existência, continua a ser muito criticada por diversos segmentos.

Apesar de ter um texto extenso, que afirmam os críticos trazer muitas atribuições econômicas e assistenciais ao Estado, é considera-

da incompleta, pois vários de seus dispositivos dependem de regulamentação.

A Constituição da República sofreu um total de 105 Emendas Constitucionais, sendo 99 ordinárias e 6 de revisão, sendo, dessa forma, ampliada para 250 artigos das Disposições Permanentes e 114 artigos das Disposições Transitórias.

Um dos motivos apontados para o número de emendas é o nível de detalhamento pretendido pela Constituição, que tornou necessária a inclusão de diversas questões específicas.

Tais ajustes são criticados pelos antigos constituintes e por pesquisadores, ao passo que juristas ressaltam a necessidade de atualização.

Certos de que o objeto de estudo da história é a sequência dos fatos ligados entre si, para melhor compreensão do processo histórico da Constituição de 1988, iremos expor, a seguir, uma linha cronológica dos fatos mais relevantes — antecedentes, concomitantes e consequentes —, utilizando, para tanto, como unidades de tempo, o dia, o mês e o ano.

20 de dezembro de 1979 - Restabelece-se o pluripartidarismo através da Lei nº 6.767, marcando o início de uma nova abertura política. A sociedade mobilizou-se por mudanças políticas e passou a ir às ruas para pedir a redemocratização do país.

19 de novembro de 1980 - Aprovada a Emenda Constitucional nº 15, que restabeleceu as eleições diretas para Governador de Estado e Senador da República.

26 de novembro de 1983 - Dez governadores de oposição subscrevem, em São Paulo, um manifesto pedindo o restabelecimento das eleições diretas para Presidente da República.

12 de janeiro de 1984 - Teve lugar, em Curitiba, o primeiro “comício oficial” pró-diretas, com a presença de mais de 30 mil pes-

soas, sendo seguido de outros tantos, como o realizado na Praça da Sé, no dia do aniversário de 430 anos da capital paulista (25 de janeiro de 1984), no qual compareceram mais de 200 mil pessoas. A partir daí ocorreu grande mobilização da sociedade civil em várias Capitais.

25 de abril de 1984 - Rejeitada pelo Congresso Nacional a Emenda Constitucional à Constituição de 1967, conhecida como Emenda Dante de Oliveira (Deputado do PMDB por Mato Grosso), que propunha eleições diretas para Presidente da República. Tal resultado acentuou querelas no partido governista (PDS).

7 de agosto de 1984 - Divulgação da carta “Compromisso com a Nação”, manifesto elaborado pelo PMDB e PFL — que compunham a “Aliança Democrática”, chapa formada para eleger de forma indireta o próximo Presidente da República — que trazia em seu bojo as propostas e diretrizes a serem seguidas pelo novo governo, entre as quais a convocação de uma Constituinte livre e soberana, em 1986, para a elaboração de uma nova Constituição.

15 de janeiro de 1985 - Perante o Colégio Eleitoral (formado por Deputados Federais, Senadores e Delegados de cada Assembleia Legislativa dos Estados), é eleita indiretamente, com 480 votos, a chapa da Aliança Democrática, formada pelos partidos PFL, PMDB, PDS, PTB e algumas legendas menores. A chapa vencedora teve como candidatos a Presidente da República e Vice-Presidente da República Tancredo Neves (PMDB/MG) e José Sarney (PFL/MA), respectivamente.

A chapa do governo foi formada pelo PDS e obteve 180 votos, e nela figuraram como candidatos Paulo Maluf (PDS/SP) e Flávio Márcilio (PDS/CE), como Presidente da República e Vice-Presidente da República, respectivamente.

A derrota da chapa governista simbolizou o fim de mais de 20 anos de Governo Militar e acendeu muitas esperanças na população, fazendo surgir, nessa época, inclusive, a expressão “Nova República”.

Por ocasião da vitória, o candidato eleito convocou o país para um debate acerca da elaboração da futura Constituição.

15 de março de 1985 - Perante o Congresso Nacional, José Sarney presta juramento à Constituição de 1967 e assume a Presidência da República no aguardo do restabelecimento da saúde de Tancredo Neves.

21 de abril de 1985 - Falece Tancredo Neves, e o país é tomado por uma grande comoção social. O Presidente José Sarney dá início aos debates sobre a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte.

28 de junho de 1985 - Cumprindo compromisso firmado durante a campanha da Aliança Democrática (PFL e PMDB), o Presidente da República envia a Mensagem Presidencial nº 48/1985 e encaminha a PEC 43/1985, convocando a Assembleia Nacional Constituinte, que deveria funcionar na sede do Congresso Nacional, como corpo único, sem a divisão própria do sistema bicameral.

5 de julho de 1985 - Mensagem Presidencial nº 49/1985, solicitando caráter preferencial à matéria.

18 de julho de 1985 - Baixado o Decreto nº 91.450, que instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, também conhecida como “Comissão Afonso Arinos”, a qual foi composta por 50 membros selecionados entre os mais notáveis juristas. A Comissão foi presidida pelo jurista mineiro Afonso Arinos de Melo Franco.

26 de setembro de 1986 - A “Comissão Afonso Arinos” elabora um anteprojeto constitucional e o publica no suplemento especial do *Diário Oficial da União*. O documento, entretanto, não chegou a ser enviado oficialmente ao Congresso Nacional.

15 de novembro de 1986 - As Eleições Gerais para os cargos de Senador, Deputado Federal, Governador e Deputado Estadual

mobilizam 69.166.810 eleitores. Os eleitos para o Congresso Nacional compuseram a 48ª legislatura (1987 a 1991).

27 de novembro de 1986 - Aprovada a Emenda Constitucional nº 26 à Constituição de 1967, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte e deu outras providências.

1º de fevereiro de 1987 - Empossados os eleitos nas eleições de 15 de novembro de 1986, sendo 487 deputados e 72 senadores. O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Moreira Alves, instala oficialmente a Assembleia Nacional Constituinte, a qual foi composta por 559 congressistas, e dirige a sessão de eleição de seu Presidente, tendo sido sufragado o Deputado Ulysses Guimarães (PMDB - SP).

25 de março de 1987 - Publicação da Resolução nº 2/87 - Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte.

1º de abril de 1987 - Instalação das 8 Comissões Temáticas.

7 de abril de 1987 - Instalação das 24 Subcomissões Temáticas.

9 de abril de 1987 - Instalação da Comissão de Sistematização.

15 de junho de 1987 - Término do prazo para encaminhamento dos anteprojetos das comissões temáticas.

26 de junho de 1987 - Entrega do anteprojeto de constituição - Comissão de Sistematização.

9 de julho de 1987 - Entrega do projeto de Constituição - Comissão de Sistematização.

18 de novembro de 1987 - Término da votação do 1º e 2º substitutivos da Comissão de Sistematização.

24 de novembro de 1987 - Entrega do Projeto "A".

6 de janeiro de 1988 - Publicação da Resolução nº 3/88 - Alteração do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte.

5 de julho de 1988 - Entrega do Projeto “B”.

8 de setembro de 1988 - Entrega do Projeto “C”.

22 de setembro de 1988 - Aprovação do Projeto “D” - Redação Final.

27 de julho de 1988 - Encerrados os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, as palavras finais do Deputado Ulysses Guimarães foram: “Essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria [...] O povo nos mandou aqui para fazê-la, não para ter medo. Viva a Constituição de 1988! Viva a vida que ela vai defender e semear!”.

20 de setembro de 1988 - Aprovada a redação final pela Comissão.

22 de setembro de 1988 - A Constituição é votada e aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte, com declaração de 474 votos favoráveis, 15 contrários e 6 abstenções.

5 de outubro de 1988 - Em sessão solene da Assembleia Nacional Constituinte, é declarada promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil pelo seu Presidente, Ulysses Guimarães, que diz o seguinte: “Declaro promulgado o documento da liberdade, da democracia e da justiça social do Brasil”.

Os constituintes prestaram juramento à nova Constituição. A seguir, o Presidente da República, José Sarney, e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Rafael Mayer, disseram: “Prometo manter, defender, cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil”.

Publicada no *Diário Oficial* — Ano CXXVI, nº 191-A, Seção I — a Constituição da República Federativa do Brasil.

SEÇÃO I



Diário Oficial

REPÚBLICA
FEDERATIVA
DO BRASIL

ANO CXXVI — Nº 191-A

QUARTA-FEIRA, 5 DE OUTUBRO DE 1988

BRASÍLIA — DF

Assembleia Nacional Constituinte

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

PRÉAMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil reger-se-á nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;

- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
 - IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
 - X - concessão de asilo político.
- Parágrafo Único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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

- I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
- II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
- VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
- VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
- VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
- IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
- X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
- XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
- XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
- XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
- XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não

2 Capa oficial da Constituição de 1988

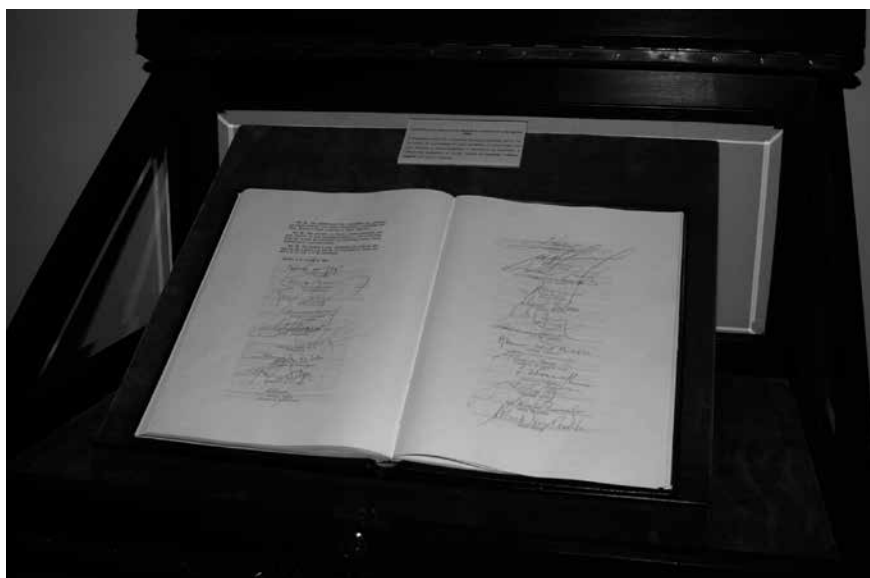


Fonte: BRASIL, 1988.

A capa oficial da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi criada pelo artista gráfico Cosme Coelho Rocha, servidor da gráfica do Senado, tendo sido aprovada pelo Deputado Ulysses Guimarães “por sua simplicidade e por seu simbolismo”.

O artista reestilizou a Bandeira do Brasil, tornando-a mais simples, sem as estrelas e sem a faixa com o dístico “Ordem e Progresso”. Foi também fracionada e colocada no sentido vertical, para transmitir a ideia de algo que estava “nascendo, começando a crescer”. Simbolizava a esperança de todos os brasileiros.

3 Exemplar original autografado



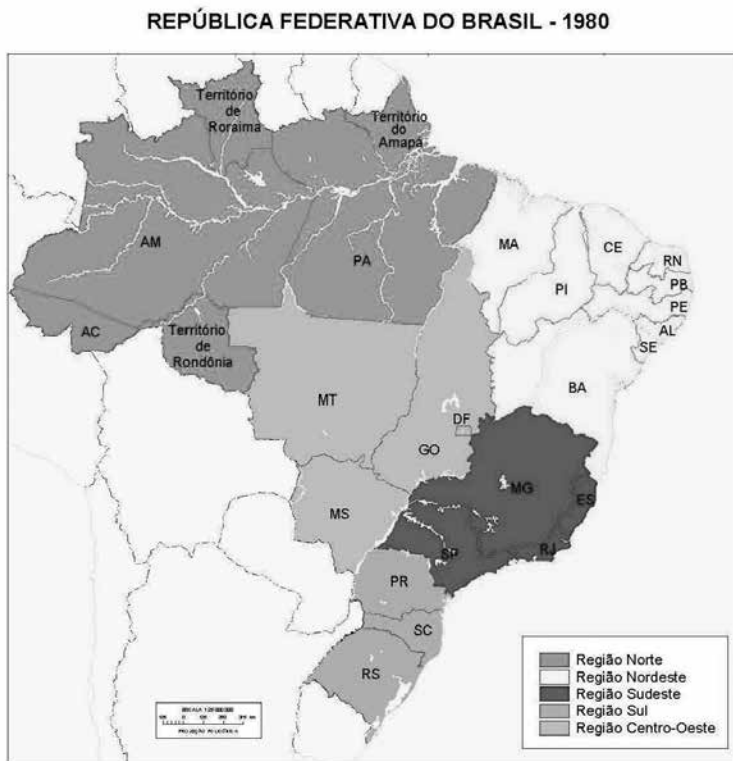
Fonte: Foto tirada por Fellipe Sampaio - Fotógrafo/Secretaria de Comunicação Social do STF.

Foram produzidos cinco exemplares originais da Constituição da República com as assinaturas dos constituintes, os quais se encontram expostos no Museu do Supremo Tribunal Federal, em Brasília/DF.



Fonte: Foto tirada por Fellipe Sampaio - Fotógrafo/Secretaria de Comunicação Social do STF.

4 Relação de constituintes por Estado



No ano de 1988, havia, no Brasil, 23 Estados Federados, 3 Territórios e 1 Distrito Federal. Abaixo, seguem elencados, em ordem alfabética, os Estados com os nomes dos constituintes e seus respectivos partidos políticos.

ACRE (AC)

Senadores

Aluísio Bezerra - PMDB

Mário Maia - PMDB (eleição em 1982)

Nabor Júnior - PMDB

Deputados

Alércio Dias - PFL

Francisco Diógenes - PDS

Geraldo Fleming - PMDB

José Melo - PMDB

Maria Lúcia - PMDB

Narciso Mendes - PDS

Osmir Lima - PMDB

Rubem Branquinho - PMDB

ALAGOAS (AL)

Senadores

Divaldo Suruagy - PFL

Guilherme Palmeira - PFL (eleição em 1982)

Teotônio Vilela Filho - PMDB

Deputados

Albérico Cordeiro - PFL

Antônio Ferreira - PFL

Eduardo Bomfim - PMDB

Geraldo Bulhões - PMDB

José Costa - PMDB

José Thomaz Nonô - PFL

Renan Calheiros - PMDB

Roberto Torres - PTB

Vinícius Cansanção - PFL

AMAPÁ (AP)

Deputados

Annibal Barcellos - PFL

Eraldo Trindade - PFL

Geovani Borges - PFL

Raquel Capiberibe - PSB

AMAZONAS (AM)

Senadores

Áureo de Mello - PMDB

Carlos Alberto De'Carli - PMDB

Fábio Lucena - PMDB (eleição em 1982)

Leopoldo Peres - PMDB

Deputados

Bernardo Cabral - PMDB

Beth Azize - PSB

Carrel Benevides - PMDB

Eunice Michiles - PFL

Ézio Ferreira - PFL

José Dutra - PMDB

José Fernandes - PDT

Sadie Hauache - PFL

BAHIA (BA)

Senadores

Jutahy Magalhães - PMDB

Luiz Viana - PMDB (eleição em 1982)

Ruy Bacelar - PMDB

Deputados

Abigail Feitosa - PMDB

Ângelo Magalhães - PFL

Benito Gama - PFL

Carlos Sant'anna - PMDB

Celso Dourado - PMDB
Domingos Leonelli - PMDB
Eraldo Tinoco - PFL
Fernando Gomes - PMDB
Fernando Santanna - PCB
França Teixeira - PMDB
Francisco Benjamim - PFL
Francisco Pinto - PMDB
Genebaldo Correia - PMDB
Haroldo Lima - PCdoB
Jairo Azi - PFL
Jairo Carneiro - PFL
Joaci Góes - PMDB
João Alves - PFL
João Carlos Bacelar - PMDB
Jonival Lucas - PFL
Jorge Hage - PMDB
Jorge Medauar - PMDB
Jorge Vianna - PMDB
José Lourenço - PFL
Jutahy Junior- PMDB
Leur Lomanto - PFL
Lídice da Mata - PCdoB
Luís Eduardo - PFL
Luiz Viana Neto - PMDB
Manoel Castro - PFL
Marcelo Cordeiro - PMDB
Mário Lima - PMDB
Milton Barbosa - PMDB
Miraldo Gomes - PMDB
Nestor Duarte - PMDB
Prisco Viana - PMDB
Raul Ferraz - PMDB
Sérgio Brito - PFL

Uldurico Pinto - PMDB
Virgildásio de Senna - PMDB
Waldeck Ornélas - PFL

CEARÁ (CE)

Senadores

Afonso Sancho - PDS (eleição em 1982)
Cid Sabóia de Carvalho - PMDB
Mauro Benevides - PMDB
Virgílio Távora - PDS (eleição em 1982)

Deputados

Aécio de Borda - PDS
Bezerra de Melo - PMDB
Carlos Benevides - PMDB
Carlos Virgílio - PDS
César Cals Neto - PDS
Etevaldo Nogueira - PFL
Expedito Machado - PMDB
Firmo de Castro - PMDB
Furtado Leite - PFL
Gidel Dantas - PMDB
José Lins - PFL
Lúcio Alcântara - PFL
Luiz Marques - PFL
Manuel Viana - PMDB
Mauro Sampaio - PMDB
Moema São Thiago - PDT
Moysés Pimentel - PMDB
Orlando Bezerra - PFL
Osmundo Rebouças - PMDB
Paes de Andrade - PMDB
Raimundo Bezerra - PMDB
Ubiratan Aguiar - PMDB

DISTRITO FEDERAL (DF)

Senadores

Maurício Corrêa - PDT

Meira Filho - PMDB

Pompeu de Souza - PSDB

Deputados

Augusto Carvalho - PCB

Francisco Carneiro - PMDB

Geraldo Campos - PMDB

Jofran Frejat - PFL

Márcia Kubitschek - PMDB

Maria de Lourdes Abadia - PFL

Sigmaringa Seixas - PMDB

Valmir Campelo - PFL

ESPÍRITO SANTO (ES)

Senadores

Gerson Camata - PMDB

João Calmon - PMDB

José Ignácio Ferreira - PMDB (eleição em 1982)

Deputados

Helio Manhães - PMDB

Lézio Sathler - PMDB

Nelson Aguiar - PMDB

Nyder Barbosa - PMDB

Pedro Ceolin - PFL

Rita Camata - PMDB

Rose de Freitas - PMDB

Stélio Dias - PFL

Vasco Alves - PMDB

Vítor Buaiz - PT

GOIÁS (GO)

Senadores

Iram Saraiva - PMDB

Irapuam Costa Júnior - PMDB

Mauro Borges - PMD (eleição em 1982)

Deputados

Aldo Arantes - PMDB

Antônio de Jesus - PMDB

Délio Braz - PMDB

Fernando Cunha - PMDB

Iturival Nascimento - PMDB

Jalles Fontoura - PFL

João Natal - PMDB

José Freire - PMDB

Lúcia Vânia - PMDB

Luiz Soyer - PMDB

Maguito Vilela - PMDB

Mauro Miranda - PMDB

Naphtali Alves de Souza - PMDB

Nion Albernaz - PMDB

Paulo Roberto Cunha - PDC

Pedro Canedo - PFL

Roberto Balestra - PDC

Siqueira Campos - PDC

MARANHÃO (MA)

Senadores

Alexandre Costa - PFL

Edison Lobão - PFL

João Castelo - PDS (eleição em 1982)

Deputados

Albérico Filho - PMDB

Antônio Gaspar - PMDB

Cid Carvalho - PMDB

Costa Ferreira - PFL
Davi Alves Silva - PDS
Edivaldo Holanda - PL
Eliézer Moreira - PFL
Enoc Vieira - PFL
Francisco Coelho - PFL
Haroldo Sabóia - PMDB
Jayme Santana - PFL
Joaquim Haickel - PMDB
José Carlos Sabóia - PMDB
José Teixeira - PFL
Mauro Fecury - PFL
Onofre Corrêa - PMDB
Sarney Filho - PFL
Vieira da Silva - PDS
Vitor Trovão - PFL
Wagner Lago - PMDB

MATO GROSSO (MT)

Senadores

Louremberg Nunes Rocha - PMDB
Márcio Lacerda - PMDB
Roberto Campos - PDS (eleição em 1982)

Deputados

Antero de Barros - PMDB
Joaquim Sucena - PMDB
Jonas Pinheiro - PFL
Júlio Campos - PFL
Norberto Schwantes - PMDB
Oswaldo Sobrinho - PMDB
Percival Muniz - PMDB
Rodrigues Palma - PMDB
Ubiratan Spinelli - PDS

MATO GROSSO DO SUL (MS)

Senadores

Marcelo Miranda - PMDB (eleição em 1982)
Mendes Canale - PSDB
Rachid Saldanha Derzi - PMDB
Wilson Martins - PMDB

Deputados

Fadah Gattass - PMDB
Gandi Jamil - PFL
Ivo Cersósimo - PMDB
José Elias - PTB
Levy Dias - PFL
Plínio Martins - PMDB
Rosário Congro Neto - PMDB
Ruben Figueiró - PMDB
Saulo Queiroz - PFL
Valter Pereira - PMDB

MINAS GERAIS (MG)

Senadores

Alfredo Campos - PMDB
Itamar Franco - PL (eleição em 1982)
Ronan Tito - PMDB

Deputados

Aécio Neves - PMDB
Aloísio Vasconcelos - PMDB
Álvaro Antônio - PMDB
Alysson Paulinelli - PFL
Bonifácio de Andrada - PDS
Carlos Cotta - PMDB
Carlos Mosconi - PMDB
Célio de Castro - PMDB
Chico Humberto - PDT

Christovam Chiaradia - PFL
 Dalton Canabrava - PMDB
 Elias Murad - PTB
 Genésio Bernardino - PMDB
 Gil César - PMDB
 Hélio Costa - PMDB
 Homero Santos - PFL
 Humberto Souto - PFL
 Israel Pinheiro Filho - PMDB
 João Paulo - PT
 José da Conceição - PMDB
 José Geraldo Ribeiro - PMDB
 José Mendonça de Moraes - PMDB
 José Santana de Vasconcellos - PFL
 José Ulisses de Oliveira - PMDB
 Lael Varella - PFL
 Leopoldo Bessone - PMDB
 Luiz Alberto Rodrigues - PMDB
 Luiz Leal - PMDB
 Marcos Lima - PMDB
 Mário Assad - PFL
 Mário Bouchardet - PMDB
 Mário de Oliveira - PMDB
 Maurício Campos - PFL
 Maurício Pádua - PMDB
 Mauro Campos - PMDB
 Mello Reis - PDS
 Melo Freire - PMDB
 Milton Lima - PMDB
 Milton Reis - PMDB
 Octávio Elísio - PMDB
 Oscar Corrêa - PFL
 Paulo Almada - PMDB
 Paulo Delgado - PT

Pimenta da Veiga - PMDB
 Raimundo Rezende - PMDB
 Raul Belém - PMDB
 Roberto Brant - PMDB
 Roberto Vital - PMDB
 Ronaldo Carvalho - PMDB
 Ronaro Corrêa - PFL
 Rosa Prata - PMDB
 Sérgio Naya - PMDB
 Sérgio Werneck - PMDB
 Sílvio Abreu Júnior - PMDB
 Virgílio Galassi - PDS
 Virgílio Guimarães - PT
 Ziza Valadares - PMDB

PARÁ (PA)

Senadores

Almir Gabriel - PMDB
 Hélio Gueiros - PMDB (eleição em 1982)
 Jarbas Passarinho - PDS
 João Menezes - PFL (eleição em 1982)

Deputados

Ademir Andrade - PMDB
 Aloysio Chaves - PFL
 Amilcar Moreira - PMDB
 Arnaldo Moraes - PMDB
 Asdrubal Bentes - PMDB
 Benedicto Monteiro - PMDB
 Carlos Vinagre - PMDB
 Dionísio Hage - PFL
 Domingos Juvenil - PMDB
 Eliel Rodrigues - PMDB

Fausto Fernandes - PMDB
Fernando Gasparian - PMDB
Fernando Velasco - PMDB
Gabriel Guerreiro - PMDB
Gerson Peres - PDS
Jorge Arbage - PDS
Manoel Ribeiro - PMDB
Paulo Roberto - PMDB

PARAÍBA (PB)

Senadores

Humberto Lucena - PMDB
Marcondes Gadelha - PFL (eleição em 1982)
Raimundo Lira - PMDB

Deputados

Adauto Pereira - PDS
Agassiz Almeida - PMDB
Aluizio Campos - PMDB
Antônio Mariz - PMDB
Cássio Cunha Lima - PMDB
Edivaldo Motta - PMDB
Edme Tavares - PFL
Evaldo Gonçalves - PFL
João Agripino - PMDB
João da Mata - PFL
José Maranhão - PMDB
Lúcia Braga - PFL

PARANÁ (PR)

Senadores

Affonso Camargo - PMDB
Álvaro Dias - PMDB (eleição em 1982)
José Richa - PSDB
Leite Chaves - PMDB

Deputados

Airton Cordeiro - PDT
Alarico Abib - PMDB
Alceni Guerra - PFL
Antônio Ueno - PFL
Basílio Villani - PMDB
Borges da Silveira - PMDB
Darcy Deitos - PMDB
Dionísio Dal-Prá - PFL
Ervin Bonkoski - PMDB
Euclides Scalco - PMDB
Hélio Duque - PMDB
Jacy Scanagatta - PFL
José Carlos Martinez - PMDB
José Tavares - PMDB
Jovanni Masini - PMDB
Matheus Iensen - PMDB
Mattos Leão - PMDB
Maurício Fruet - PMDB
Maurício Nasser - PMDB
Max Rosenmann - PMDB
Nelton Friedrich - PMDB
Nilso Sguarezi - PMDB
Osvaldo Macedo - PMDB
Oswaldo Trevisan - PMDB
Paulo Pimentel - PFL
Renato Bernardi - PMDB
Renato Johnsson - PMDB
Santinho Furtado - PMDB
Sérgio Spada - PMDB
Tadeu França - PMDB
Waldyr Pugliesi - PMDB

PERNAMBUCO (PE)

Senadores

Antônio Farias - PMB

Mansueto de Lavor - PMDB

Marco Maciel - PFL (eleição em 1982)

Ney Maranhão - PMB

Nivaldo Machado - PFL

Deputados

Cristina Tavares - PSDB

Egídio Ferreira Lima - PMDB

Fernando Bezerra Coelho - PMDB

Fernando Lyra - PMDB

Geraldo Melo - PMDB

Gilson Machado - PFL

Gonzaga Patriota - PMDB

Harlan Gadelha - PMDB

Horácio Ferraz - PFL

Inocência Oliveira - PFL

Joaquim Francisco - PFL

José Carlos Vasconcellos - PMDB

José Jorge - PFL

José Mendonça Bezerra - PFL

José Moura - PFL

José Tinoco - PFL

Luiz Freire - PMDB

Marcos Perez Queiroz - PMDB

Maurílio Ferreira Lima - PMDB

Nilson Gibson - PMDB

Oswaldo Coelho - PFL

Oswaldo Lima Filho - PMDB

Paulo Marques - PFL

Ricardo Fiuza - PFL

Roberto Freire - PCB

Salatiel Carvalho - PFL

Wilson Campos - PMDB

PIAUI (PI)

Senadores

Álvaro Pacheco - PFL

Chagas Rodrigues - PSDB

Hugo Napoleão - PFL

João Lobo - PFL (eleição em 1982)

Deputados

Átila Lira - PFL

Felipe Mendes - PDS

Heráclito Fortes - PMDB

Jesualdo Cavalcanti - PFL

Jesus Tajra - PFL

José Luiz Maia - PDS

Mussa Demes - PFL

Myriam Portella - PDS

Paes Landim - PFL

Paulo Silva - PMDB

RIO DE JANEIRO (RJ)

Senadores

Affonso Arinos - PFL

Jamil Haddad - PSB (eleição em 1982)

Nelson Carneiro - PMDB

Deputados

Adolfo Oliveira - PL

Alair Ferreira - PFL

Aloysio Teixeira - PMDB

Álvaro Valle - PL

Amaral Netto - PDS

Anna Maria Rattes - PMDB
Arolde de Oliveira - PFL
Artur da Távola - PMDB
Benedita da Silva - PT
Bocayuva Cunha - PDT
Brandão Monteiro - PDT
Carlos Alberto Caó - PDT
César Maia - PDT
Daso Coimbra - PMDB
Denisar Arneiro - PMDB
Edésio Frias - PDT
Edmilson Valentim - PCdoB
Fábio Raunheitti - PTB
Féres Nader - PDT
Flávio Palmier da Veiga - PMDB
Francisco Dornelles - PFL
Gustavo de Faria - PMDB
Jorge Leite - PMDB
José Carlos Coutinho - PL
José Luiz de Sá - PL
José Maurício - PDT
Juarez Antunes - PDT
Luiz Salomão - PDT
Lysâneas Maciel - PDT
Márcio Braga - PMDB
Messias Soares - PMDB
Miro Teixeira - PMDB
Nelson Sabrá - PFL
Noel de Carvalho - PDT
Osmar Leitão - PFL
Oswaldo Almeida - PL
Paulo Ramos - PMDB
Roberto Augusto - PTB
Roberto D'Avila - PDT

Roberto Jefferson - PTB
Ronaldo Cezar Coelho - PMDB
Rubem Medina - PFL
Sandra Cavalcanti - PFL
Simão Sessim - PFL
Sotero Cunha - PDC
Vivaldo Barbosa - PDT
Vladimir Palmeira - PT

RIO GRANDE DO NORTE (RN)

Senadores

Carlos Alberto - PTB (eleição em 1982)

José Agripino - PFL
Lavoisier Maia - PDS

Deputados

Antônio Câmara - PMDB
Flávio Rocha - PL
Henrique Eduardo Alves - PMDB
Iberê Ferreira - PFL
Ismael Wanderley - PMDB
Jessé Freire - PFL
Vingt Rosado - PMDB
Wilma Maia - PDS

RIO GRANDE DO SUL (RS)

Senadores

Carlos Chiarelli - PFL (eleição em 1982)

José Fogaça - PMDB
José Paulo Bisol - PSDB

Deputados

Adroaldo Streck - PDT
Adylson Motta - PDS

Alcides Saldanha - PMDB
 Amaury Muller - PDT
 Antônio Britto - PMDB
 Arnaldo Prieto - PFL
 Carlos Cardinal - PDT
 Darcy Pozza - PDS
 Érico Pegoraro - PFL
 Floriceno Paixão - PDT
 Hermes Zaneti - PMDB
 Hilário Braun - PMDB
 Ibsen Pinheiro - PMDB
 Irajá Rodrigues - PMDB
 Ivo Lech - PMDB
 Ivo Mainardi - PMDB
 João de Deus Antunes - PDT
 Jorge Uequet - PMDB
 Julio Costamilan - PMDB
 Lélío Souza - PMDB
 Luís Roberto Ponte - PMDB
 Mendes Ribeiro - PMDB
 Nelson Jobim - PMDB
 Olívio Dutra - PT
 Osvaldo Bender - PDS
 Paulo Mincarone - PMDB
 Paulo Paim - PT
 Rospide Netto - PMDB
 Ruy Nedel - PMDB
 Telmo Kirst - PDS
 Vicente Bogó - PMDB
 Victor Faccioni - PDS

Rondônia (RO)

Senadores

Odacir Soares - PFL (eleição em 1982)
 Olavo Pires - PMDB
 Ronaldo Aragão - PMDB

Deputados

Arnaldo Martins - PMDB
 Assis Canuto - PFL
 Chagas Neto - PMDB
 Expedito Júnior - PMDB
 Francisco Sales - PMDB
 José Guedes - PMDB
 José Viana - PMDB
 Raquel Cândido - PFL
 Rita Furtado - PFL

Roraima (RR)

Deputados

Chagas Duarte - PFL
 Marluce Pinto - PTB
 Mozarildo Cavalcanti - PFL
 Ottomar Pinto - PTB

Santa Catarina (SC)

Senadores

Dirceu Carneiro - PMDB
 Ivan Bonato - PFL
 Jorge Bornhausen - PFL (eleição em 1982)
 Nelson Wedekin - PMDB

Deputados

Alexandre Puzyna - PMDB
 Antônio Carlos Konder Reis - PDS
 Artenir Werner - PDS
 Cláudio Ávila - PFL
 Eduardo Moreira - PMDB
 Francisco Kuster - PMDB
 Geovah Amarante - PMDB
 Henrique Córdova - PDS

Ivo Vanderlinde - PMDB
Luiz Henrique - PMDB
Neuto de Conto - PMDB
Orlando Pacheco - PFL
Paulo Macarini - PMDB
Renato Vianna - PMDB
Ruberval Pilotto - PDS
Victor Fontana - PFL
Wilson Souza - PMDB
Walmor de Luca - PMDB

SÃO PAULO (SP)

Senadores

Fernando Henrique Cardoso - PMDB
Mário Covas - PSDB
Severo Gomes - PMDB (eleição em 1982)

Deputados

Adhemar de Barros Filho - PDT
Afif Domingos - PL
Agripino de Oliveira Lima - PFL
Airtton Sandoval - PMDB
Antônio Carlos Mendes Thame - PFL
Antônio Gaspar - PMDB
Antônio Perosa - PMDB
Antônio Salim Curiati - PDS
Arnaldo Faria de Sá - PTB
Arnold Fioravante - PDS
Bete Mendes - PMDB
Caio Pompeu - PMDB
Cardoso Alves - PMDB
Cunha Bueno - PDS
Del Bosco Amaral - PMDB
Delfim Netto - PDT

Dirce Tutu Quadros - PSC
Doreto Campanari - PMDB
Eduardo Jorge - PT
Fábio Feldmann - PMDB
Farabulini Júnior - PTB
Fausto Rocha - PFL
Felipe Cheidde - PMDB
Fernando Gasparian - PMDB
Florestan Fernandes - PT
Francisco Amaral - PMDB
Francisco Dias - PMDB
Francisco Rossi - PTB
Gastone Righi - PTB
Geraldo Alckmin Filho - PMDB
Gerson Marcondes - PMDB
Gumerindo Milhomem - PT
Hélio Rosas - PMDB
Irma Passoni - PT
Jayme Paliarin - PTB
João Cunha - PMDB
João Herrmann Neto - PMDB
João Rezek - PMDB
Joaquim Bevilacqua - PTB
José Camargo - PFL
José Carlos Grecco - PMDB
José Egreja - PTB
José Genoíno - PT
José Maria Eymael - PDC
José Serra - PMDB
José Yunes - PMDB
Koyu Iha - PMDB
Luiz Gushiken - PT
Luiz Inácio Lula da Silva - PT
Maluly Netto - PFL

Manoel Moreira - PMDB
 Mendes Botelho - PTB
 Michel Temer - PMDB
 Nelson Seixas - PDT
 Paulo Zarzur - PMDB
 Plínio Arruda Sampaio - PT
 Ralph Biasi - PMDB
 Ricardo Izar - PFL
 Roberto Rollemberg - PMDB
 Robson Marinho - PMDB
 Samir Achôa - PMDB
 Sólon Borges Reis - PTB
 Theodoro Mendes - PMDB
 Tidei de Lima - PMDB
 Tito Costa - PMDB
 Ulysses Guimarães - PMDB

SERGIPE (SE)

Senadores

Albano Franco - PSDB (eleição em 1982)
 Francisco Rollemberg - PMDB
 Lourival Baptista - PDS

Deputados

Acival Gomes - PMDB
 Antônio Carlos Franco - PMDB
 Bosco França - PMDB
 Cleonânicio Fonseca - PFL
 Djenal Gonçalves - PDS
 João Machado Rollemberg - PFL
 José Queiroz - PFL
 Messias Góis - PFL

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas constitucionais nº 1/1992 a nº 84/2014, pelo Decreto legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas constitucionais de revisão nº 1 a nº 6/1994. 43. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/15261/constituicao_federal%20_43ed.pdf?sequence=46>. Acesso em: 1º fev. 2019.

DIÁRIO Oficial da União, Brasília - DF, ano CXXVI, n. 191-A, 05 out. 1988.

LIMA, Maria Helena Palmer (Org.). *Divisão territorial brasileira*. [S.l.]: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2002. Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/doc/DivisaoTerritorialBrasileira_IBGE.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2019.

“ Pode, seguramente, afirmar-se que o texto constitucional brasileiro é dos mais modernos no que diz respeito ao homem. Não foram esquecidos o racismo, o tráfico de drogas, a tortura, o terrorismo. Nem tão pouco o direito reconhecido ao cidadão de ter acesso a informações sobre si próprio em poder das instâncias públicas. ”

Vítor Pereira Crespo

Presidente da Assembleia da República de Portugal
na sessão solene de promulgação da Constituição
da República Federativa do Brasil de 1988,
em 5 de outubro de 1988.



O acesso à Justiça sob a égide da Constituição Federal de 1988 e os desafios do Poder Judiciário

Aline Damasceno Pereira de Sena
Juíza de Direito

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 representou uma importante conquista democrática, pós-regime militar, sendo conhecida no meio jurídico como Constituição Cidadã, à vista de sua preocupação com os direitos e garantias fundamentais, o estabelecimento de normas programáticas direcionadas ao Estado e a instituição de direitos sociais.

Em relação ao Judiciário, a Carta Constitucional, dentre outras previsões, estabeleceu a independência deste Poder; previu a inafastabilidade da jurisdição; assegurou o acesso à Justiça como direito fundamental, tal qual fez em relação à duração razoável do processo.

Do ponto de vista social, a Constituição de 1988 trouxe expressamente a defesa dos direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, o que sinaliza a nítida intenção do Constituinte de estabelecer em nossa nação o *Welfare State*.

Não obstante, 30 anos após a promulgação da Carta Magna, é possível constatar a incapacidade do Estado Brasileiro em atender as disposições e diretrizes constitucionais, que foram reiteradamente descumpridas em relação à sociedade, gerando uma demanda judicial pelo cumprimento dos direitos não efetivados em razão da omissão estatal.

Segundo Lucas (2005, p. 45), considerando a ampliação do acesso à Justiça e a inafastabilidade da jurisdição, o Poder Judiciário passou a ser um *“locus de concretização de direitos previstos mas não cumpridos pelos demais Poderes”*; fato que, muitas vezes, leva à crítica de que há uma exagerada *“judicialização da política”* e violação à separação dos Poderes na atuação judicial. Todavia, não é possível ao magistrado negar jurisdição aos reclames sociais que lhe são direcionados, quando estes têm origem na negação de direitos assegurados constitucionalmente.

Há de se observar que a própria Constituição Federal de 1988 e as legislações que lhe seguiram, dando concretude às normas programáticas, reduziram a esfera de discricionariedade do administrador público em relação ao dispêndio de parcela dos recursos do erário, estabelecendo prioridades e assegurando direitos mínimos aos cidadãos. E, em caso de ameaça ou lesão a direito, o dever de agir é imposto ao Judiciário por força constitucional, desde que este tenha sido devidamente provocado.

Destarte, após a Constituição de 1988, o Judiciário ganhou um espaço maior de atuação, sendo este justificado pelo estabelecimento de uma gama extensa de direitos individuais e sociais pela nova ordem constitucional, acrescido do reiterado descumprimento de tais normas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Soma-se a tanto a própria consciência democrática formada após o período ditatorial, fomentada pelos meios de disseminação da informação do século XXI (informática e internet), os quais paulati-

namente vão divulgando aos cidadãos seus direitos e os mecanismos para acessá-los.

Dentro da ótica de ampliação do acesso à Justiça, surgem as Defensorias Públicas e os juizados especiais, dispensando-se a figura do advogado contratado. O Ministério Público firma-se como instituição independente, legítima para pleitear direitos sociais, coletivos e individuais indisponíveis, atuando especialmente nas áreas da saúde, educação e meio ambiente, em situações de omissão estatal.

Paralelamente, surgem cada vez mais faculdades de Direito no Brasil, formando um número crescente de advogados em busca de clientela.

O louvável ideal de democratização da Justiça e concretização de direitos, do ponto de vista prático, resultou em uma explosão de litigiosidade que, paradoxalmente, leva à ineficiência do próprio sistema judicial, na medida em que este não consegue absorver a demanda que lhe é dirigida em tempo hábil.

2 O direito de acesso à Justiça

Diante do quadro de sobrecarga e, por conseguinte, lentidão da Justiça, pode-se afirmar que a ampliação do acesso à Justiça, ocorrida nas últimas três décadas, acabou por acarretar sua própria negação, uma vez que *“é necessário discernir que acesso à justiça não se identifica com processo judicial, mas sim com a solução do conflito”* (JAYME, 2010, p. 265).

O direito de ação está muito aquém do direito de acesso à Justiça, visto que o último abarca a resposta judicial para o caso concreto, com observância do contraditório e da ampla defesa, e, ainda, em tempo razoável, notadamente porque a solução tardia pode esvaziar o próprio direito material reclamado.

Dinamarco (1996, p. 303 *et seq.*) explica a problemática da efetividade do processo a partir de quatro facetas: *“a) admissão em juízo;*

b) modo de ser do processo; c) critérios de julgamento (ou justiça nas decisões); d) a efetivação dos direitos (ou utilidade das decisões)”, e coloca o acesso à Justiça como a síntese do pensamento instrumentalista e dos princípios constitucionais e legais do processo, abarcando as garantias de ingresso em juízo, do contraditório, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes.

Segundo Watanabe:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, XXXV, da CF, não assegura, apenas, o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1996, p. 20).

Nota-se, assim, que o acesso à Justiça não se limita à possibilidade de ingresso em Juízo, mas abrange a duração razoável do processo, que tem intrínseca ligação com a efetivação dos direitos pretendidos.

É preciso pensar, outrossim, em uma forma de compatibilizar o direito de ação e o direito à solução tempestiva, com observância dos demais postulados impostos para um processo justo, como a ampla defesa, o contraditório, a paridade de armas e a imparcialidade do julgador, sob pena de se negar o próprio direito de acesso à Justiça.

3 Mecanismos de fomento à litigiosidade e alternativas para sua inibição

Constatada a sobrecarga judiciária, é preciso identificar suas origens, a fim de promover as adequações necessárias — dentre as possíveis — para a melhoria do sistema judicial.

Reformas processuais legislativas já foram realizadas sem grandes inovações e demonstraram ser ineficientes para desafogar o

Poder Judiciário. Embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha apenas dois anos de vigência, é possível verificar que não foram realizadas alterações substanciais capazes de modificar o quadro de esgotamento do sistema de justiça. Pelo contrário, os prazos processuais passaram a ser contabilizados em dias úteis, aumentando o tempo de disponibilização dos autos aos advogados, e, por conseguinte, estendendo a tramitação processual.

Tampouco parece viável a ampliação da máquina judiciária, seja pela escassez de recursos públicos para fazer frente às despesas, seja porque a promoção do aumento de juizes e servidores proporcionalmente ao crescimento do número de processos levaria apenas a um ciclo vicioso de inchaço do setor, sem que fosse diagnosticada a origem real da disfunção: o incremento desproporcional e excessivo da demanda, ou seja, a expansão desenfreada da litigiosidade.

Nesse ponto, é preciso destacar a cultura adversarial que persiste entre as partes processuais, muitas vezes estimulada pelos respectivos advogados, que apresentam uma postura intransigente e inflexível, pouco aberta ao diálogo.

Essa “cultura adversarial” tem origem na própria formação do bacharel em Direito, que não tem nas grades curriculares da graduação disciplinas relativas à comunicação não violenta; conciliação e mediação; técnicas de negociação; sendo sempre orientados pela lógica do litígio. Soma-se a tanto a impaciência e pouca propensão ao diálogo da sociedade em geral, sendo a empatia e a capacidade de escuta ativa competências socioemocionais cada vez mais escassas. A falta de disposição para a busca de uma solução consensual é ainda potencializada pela ausência de autonomia das partes, que se sentem incapazes de solucionar suas demandas por si mesmas, sentindo-se mais confortáveis e cômodas com a delegação desta função ao Estado-Juiz.

A respeito, Said Filho pondera:

[...] é necessário, ainda, que a mentalidade do próprio jurisdicionado seja repensada, em um contexto em que os conflitos são

cada vez mais comuns, ante a rapidez das informações e a proliferação das relações sociais. O modelo padrão de tramitação do processo no Judiciário ainda prevê padrões em que os litigantes se sentem como adversários, onde a decisão final a ser proferida reconhecerá um vencedor e um perdedor. As partes dificilmente se comunicam, pois boa parte da tramitação processual depende da atuação de seus advogados. É uma concepção que precisa mudar. A consciência dos indivíduos deve despertar para o fato de que, na maioria das vezes, um processo lento e custoso acaba pronunciando a derrota de ambas as partes, tendo em vista que a resposta dada pode até encerrar o processo, mas não resolve o conflito social. Além do mais, deve-se considerar que a participação de um terceiro na solução dos conflitos (é o caso do Poder Judiciário), ainda que seja de forma imparcial, dificilmente conseguirá atingir as expectativas de responder satisfatoriamente aos anseios dos litigantes no que tange ao conteúdo da decisão (SAID FILHO, 2016).

Assim, não obstante o esforço do Poder Judiciário na implementação de métodos alternativos de solução de controvérsias, como a conciliação e mediação, tais instrumentos têm sua eficácia limitada pela barreira cultural de estímulo ao litígio que cerca a sociedade brasileira contemporânea.

A ótica adversarial, por sua vez, é alimentada por alguns escritórios de advocacia que atuam com a captação de potenciais litigantes em causas massivas (previdenciárias, consumeristas, relativas a verbas de funcionalismo público), oferecendo seus serviços com pagamento dos honorários contratuais ao final, sobre o resultado da demanda. Tal circunstância, aliada à concessão indiscriminada da justiça gratuita, permite o ajuizamento de ações sob uma ótica de “loteria”, pois o autor não tem gastos com a propositura da demanda – ainda que, eventualmente, pudesse arcar com as custas, é orientado a preencher a declaração de hipossuficiência financeira –, não tendo nenhum

ônus caso, ao final, seu pedido seja julgado improcedente. Da mesma forma, a banalização dos danos morais leva a um número crescente de demandas nos juizados especiais, que, igualmente, oferecem ao postulante o benefício de não dispender nenhum recurso para ingressar em juízo, sendo qualquer ganho final lucrativo, ao passo que a improcedência da pretensão lhe é indiferente.

O contexto delineado favorece o ajuizamento de ações temerárias, o que é agravado pela pouca utilização, pelos magistrados, dos mecanismos disponíveis para coibir a má-fé processual. Ainda que o Código de Processo Civil preveja a multa por litigância de má-fé, o Superior Tribunal de Justiça, seguido por boa parte da segunda instância do Tribunal Mineiro, dificulta sua aplicação prática ao exigir demonstração de conduta dolosa,¹ dando contornos subjetivos à penalidade. Além disso, a sanção é imposta à parte – e não ao profissional do Direito que lhe assiste –, e ela muitas vezes não tem ciência das manobras processuais utilizadas por seu advogado, contra o qual, no máximo, é possível oficiar a OAB em relação à conduta.

O fenômeno foi denominado por Theodoro Júnior como “vulgarização do acesso à justiça”, sendo conceituado nos seguintes termos:

Se, porém, a parte tem a seu alcance um Tribunal de fácil acesso e custo praticamente nulo, muitas hipóteses de autocomposição serão trocadas por litigiosidade em juízo. É preciso, por isso mesmo, assegurar o acesso à Justiça, mas não vulgarizá-lo, a ponto de incentivar os espíritos belicosos à prática do “demandismo” caprichoso e desnecessário.

¹ Processual civil. Recurso de apelação. Pretensão recursal em contrariedade à Súmula do STJ. Litigância de má-fé. Inexistência. 1. O simples manejo do recurso de Apelação, ainda que em contrariedade a Enunciado do STJ, não representa, por si só, litigância de má-fé. 2. Como bem assentado pelo Ministério Público Federal em seu Parecer: “No caso em exame, a multa foi aplicada em sede de apelação, recurso por excelência, que devolve a matéria julgada em primeira instância ao Tribunal de origem. Assim, não se pode afirmar que o ente público agiu de má-fé apenas pela interposição do referido recurso, sendo necessária a comprovação do dolo da parte, da intenção de obstrução do trâmite regular do processo, situação que não ocorreu”. 3. Recurso Especial conhecido e provido (REsp 1721101/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 5/4/2018, *DJe* de 2/8/2018).

As últimas décadas do Século XX vieram demonstrar que o risco antes temido tornou-se apreensiva realidade. Após a implantação da Democracia ampla com a valorização do direito cívico de todos serem ouvidos em juízo, o volume dos processos, em todos os segmentos da jurisdição, tornou-se explosivo. Seu crescimento é incessante. Reconhece-se estar ocorrendo, em toda parte, uma verdadeira euforia no ânimo de demandar. Essa vigorosa emancipação da cidadania tem gerado a tendência geral de cada vez mais se usar as vias processuais para a solução dos litígios, notando-se uma disposição de amplas camadas da população a não mais se resignar diante da injustiça e a exigir sempre a proteção dos tribunais. Fala-se, mesmo, numa síndrome de litigiosidade, para a qual concorre, também, a redução na sociedade contemporânea, da ‘capacidade para dialogar’ (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 61-78).

O problema é agravado quando se constata a existência de atores sociais que violam deliberadamente direitos consagrados pelo ordenamento jurídico, por vislumbrarem ser lucrativo o descumprimento normativo, o que muitas vezes decorre da excessiva demora na resposta judicial.

O estudo sobre os denominados “litigantes habituais” foi desenvolvido pelo pesquisador Marc Galanter, da Universidade de Wisconsin, utilizado como referencial teórico e de pesquisa por Cappelletti e Garth (1988), e se baseia na frequência de encontros destes litigantes com o sistema judicial. Esse estudo revelou inúmeras vantagens dos litigantes habituais, tais como: (I) maior experiência com o Direito que lhes possibilita melhor planejamento do litígio; (II) uso de economia de escala, consistente no uso de uma mesma estrutura para atender a um maior número de casos; (III) oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância julgadora; (IV) diluição dos riscos da demanda por maior número de casos e (V) a possibilidade de testar estratégias em casos específicos de modo a garantir expectativa mais favorável nos casos futuros.

É preciso criar estratégias capazes de inibir a litigiosidade desenfreada dos litigantes habituais, tornando a alternativa judicial pouco atrativa para tais atores, a fim de diminuir o uso predatório do Poder Judiciário.

No âmbito do direito do consumidor, por exemplo, algumas grandes empresas contabilizam os prejuízos que teriam com ações judiciais em situações de descumprimento de cláusulas contratuais e, contabilmente, apuram que a violação ao direito do cliente pode lhes ser mais lucrativa do que o cumprimento tempestivo das obrigações assumidas. Para tanto, levam em consideração o longo trâmite processual dos processos em juízo - que lhes permite reter o dinheiro por mais tempo até que seja ao final desembolsado -, bem como o percentual de pessoas que se mostra disposta a enfrentar a desgastante disputa judicial. As indenizações eventualmente concedidas pelo Poder Judiciário, por melhores que sejam, não são suficientes para coibir a conduta oportunista dessas corporações.

A atuação para inibir tais práticas abusivas deveria partir das agências reguladoras, as quais, atualmente, têm uma postura tímida em relação à violação dos direitos consumeristas. Subverter a lógica e delegar esse papel ao Judiciário enseja um desequilíbrio, pois as indenizações individuais não podem ensejar enriquecimento excessivo do cliente, e, assim, não são suficientes para produzir o efeito pedagógico-repressivo em relação aos fornecedores. Caso os valores de indenizações judiciais individuais se tornem realmente altos, a ponto de desestimular a violação de direitos pelas empresas, há o risco do efeito reverso, qual seja estimular o demandismo desenfreado dos consumidores em busca de lucro fácil. Assim, a coibição de condutas abusivas de fornecedores deveria advir da aplicação de multas e outras sanções administrativas, a serem aplicadas pelas agências reguladoras, o que, todavia, não se vislumbra, ante a reiterada violação aos direitos dos consumidores perpetrada pelas mesmas empresas.

Há de se observar, ainda, que o próprio Poder Público é um dos maiores responsáveis pelo inchaço do sistema judicial. Segundo o relatório do Conselho Nacional de Justiça sobre os “100 maiores litigantes”,² em 2011, o setor público (federal, estadual e municipal), seguido dos bancos, foram os maiores litigantes perante o Poder Judiciário, compondo o polo ativo ou passivo em mais de 30% do total de feitos ajuizados no ano de referência. Tal análise demonstra uma clara ineficácia na gestão dos recursos públicos, uma vez que o próprio Estado gera um gasto altíssimo para os cofres públicos na esfera judicial.

A justificativa para tanto reside no fato de que os administradores públicos muitas vezes se encontram mais preocupados com gastos imediatos e eleitoreiros, postergando ao máximo obrigações financeiras a fim de que recaiam sobre seus sucessores, nos mandatos seguintes. Nesse sentido, Marinoni afirma que a morosidade da função jurisdicional é opção dos próprios gestores públicos:

[...] sabe-se que o próprio Estado, a quem cabe observar o princípio da eficiência da função jurisdicional (art. 37, *caput*, CR/88), não tem interesse em cumprir referido princípio e se vale da morosidade do Judiciário como expediente, sua marca registrada. A demora da jurisdição funciona como um obstáculo ao exercício, pelo cidadão, do direito constitucional de “acesso à jurisdição” e o Estado, contando com isso e mais preocupado em arrecadar e atender os compromissos econômico-financeiros internacionais, posterga o adimplemento de suas obrigações constitucionais. Nesse sentido é que se coloca a “lentidão” do Judiciário como uma opção, não daqueles que detêm o poder, porque o poder é do povo e ao povo não interessa o mau funcionamento do serviço público jurisdicional, mas da figura estatal, que amiúde se beneficia dessa situação (MARINONI, 2000).

A fim de reduzir o número de ações judiciais movidas pelo Poder Público, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, através do Projeto

² Cf. <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>.

Execução Fiscal Eficiente, demonstrou que execuções fiscais de valores menores geram gastos financeiros superiores ao próprio valor do crédito que pretendem resgatar, razão pela qual cobrá-las em Juízo caracterizaria medida antieconômica para o erário, devendo ser estimulado o resgate dos valores pelas vias administrativas e extrajudiciais, tais como o protesto da certidão de dívida ativa e inclusão do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, o que foi acatado pelo Estado de Minas Gerais e por diversos municípios, gerando uma redução considerável no número de execuções fiscais propostas e em tramitação.³ Contudo, as estatísticas demonstram a necessidade de ampliação e adoção de outras medidas, como o Projeto Execução Fiscal Eficiente, abrangendo não apenas as execuções fiscais, a fim de alcançar um gasto mais racional do dinheiro público.

Em relação aos setores privados, seria interessante criar um mecanismo para penalizar as instituições que sofrem condenações reiteradas perante o Poder Judiciário, através da aplicação de multas e imposição de obrigações de fazer/não fazer que pudessem efetivamente melhorar a qualidade dos serviços prestados e coibir as práticas abusivas. Para tanto, seria necessário um sistema capaz de compilar, estatisticamente, o número de vezes que determinada pessoa jurídica foi sucumbente nas ações judiciais que integrou. As instituições classificadas como litigantes habituais poderiam, por exemplo, ser compelidas a manter órgãos internos para atendimento dos consumidores e resolução das demandas de seus clientes de forma extrajudicial. E, em caso de persistência da conduta abusiva, ser condenadas a penas pecuniárias e, até mesmo, a suspensão de suas atividades.

Já no setor público, é necessário que haja uma uniformização da atuação administrativa das instituições segundo as decisões judiciais, o que poderia ser feito através da utilização do sistema de precedentes vinculantes, que deveria ser de observância obrigatória

³ Cf. <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/execucao-fiscal-eficiente.htm#W6alKWkKJIU>.

não somente pelos órgãos judicantes, como atualmente prevê a legislação processual, mas por todos os órgãos da administração pública, evitando-se, por conseguinte, um indeterminado número de litígios judiciais. Além disso, ações de cobrança movidas pelo Poder Público deveriam seguir a mesma lógica do Projeto Execução Fiscal Eficiente, sendo dispensado o respectivo ajuizamento, sempre que o custo processual for superior ao benefício econômico pretendido pela via judicial; sendo possível, ainda, a adoção de lógica semelhante para permitir a realização de acordos extrajudiciais nos casos em que o Estado figure no polo passivo da demanda.

A respeito, Nery Júnior pondera:

A real efetividade do direito fundamental da CF 5º LXXVIII [a celeridade processual], pois, não depende apenas do Poder Judiciário e de seus juízes, mas principalmente dos Poderes Executivo e Legislativo e da mudança de mentalidade dos governantes e políticos, no sentido de cumprirem e fazerem cumprir a Constituição, evitando a judicialização das questões que os particulares têm de submeter ao Poder Judiciário por falha do Poder Público no exercício principalmente da função administrativa (NERY JÚNIOR, 2010).

Há necessidade, também, de retirar-se da esfera judicial a competência para certos procedimentos de cunho administrativo que, claramente, poderiam ser realizados em outros setores, com funções meramente burocráticas, como os Cartórios Extrajudiciais. Aqui se inserem os inventários, divórcios consensuais, ações de usucapião, certas modalidades de alvarás, procedimentos de tutela e curatela; sendo possível, inclusive a manutenção da intervenção do Ministério Público como *custos legis*, tal como ocorre nos procedimentos de habilitação para casamento. Embora tenha sido permitido por lei que alguns desses procedimentos tenham tramitação nos Cartórios Extrajudiciais, não se excluiu a possibilidade de que eles sejam postulados na via judicial, que, muitas vezes, é mais barata do que a via cartorária,

desestimulando a busca da via administrativa e mantendo o abarrotamento do sistema de justiça.

Da mesma forma, sob o viés de racionalização do sistema de justiça, porém na esfera criminal, seria interessante uma modificação na Lei 9.099/95 a fim de que as propostas de composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo fossem oferecidas diretamente perante o Ministério Público, o qual avaliaria o respectivo enquadramento nos ditames legais e seria responsável pela fiscalização do cumprimento das condições por ele impostas, sem necessidade de mediação ou homologação pelo Poder Judiciário, o qual somente viria a ser acionado em caso de descumprimento das condicionantes aplicadas pelo *Parquet*. Além disso, uma disseminação na utilização dos acordos de não persecução penal - previstos nas Resoluções nº 181/2017 e nº 183/2018 do CNMP - pode também contribuir para que o Poder Judiciário utilize seus recursos para outros tipos de demanda, nas quais sua atuação seja, de fato, imprescindível.

4 Conclusão

O acesso à Justiça não pode se confundir com o uso predatório e indiscriminado do sistema judicial, sob pena de se subverter um direito inerente à cidadania em verdadeiro abuso de direito, em detrimento do próprio acesso ao Poder Judiciário que a Constituição Federal de 1988 visou democratizar.

É certo que o ingresso em juízo, por si só, não assegura o atendimento ao mandamento constitucional de acesso à Justiça, pois este exige que a parte obtenha tempestivamente a solução justa e com observância do contraditório e da ampla defesa para a pretensão deduzida.

Ao longo das últimas três décadas de vigência da Constituição de 1988, verificou-se uma explosão de litigiosidade que abarrotou o Poder Judiciário, tornando-o lento, e, por conseguinte, incapaz de atender de forma eficaz aos reclames que lhe são dirigidos.

As sucessivas reformas da legislação processual, por seu turno, mostraram-se incapazes de solucionar a morosidade da Justiça, que claramente não consegue absorver a crescente demanda que lhe é dirigida.

A partir de uma análise das causas desse problema, constata-se a existência de atores sociais que se beneficiam com o retardamento do sistema judicial, lucrando com a ineficiência do setor e aproveitando-se dela para reiterar violação a direitos. Isso exige uma postura firme dos magistrados para coibir tais práticas, seja pela aplicação de multas por litigância de má-fé, seja através da observância criteriosa do pagamento de custas processuais; mas, além disso, demanda também uma atuação das agências reguladoras, através da imposição de multas administrativas e outras obrigações em relação aos litigantes habituais.

Além disso, verifica-se uma excessiva burocracia no Poder Judiciário e a assunção de funções excessivas, que poderiam ser delegadas a outros setores administrativos ou mesmo a outros atores que atuam no sistema de Justiça.

Por fim, vislumbra-se a necessidade de uma mudança de paradigma cultural de todos os operadores do Direito e dos próprios cidadãos, com o intuito de rever a cultura adversarial e adotar uma postura mais propensa à conciliação e ao diálogo.

O atual panorama demonstra a necessidade de estabelecimento de barreiras prévias ao acesso ao Judiciário, como a necessidade de tentativa de conciliação extrajudicial obrigatória, bem como de aumento do custo do processo judicial a ponto de desestimular que grandes corporações e entes públicos o utilizem como meio de retardar deliberadamente o cumprimento de obrigações assumidas.

Tais medidas não caracterizariam restrição indevida de acesso à Justiça, mas sim uma tentativa de racionalização do uso do sistema judicial, que, como se encontra, acaba esvaziando o direito à juris-

dição por esta não ser prestada em tempo hábil, em evidente violação ao comando constitucional de duração razoável do processo.

É de se observar, por derradeiro, que a continuidade das práticas abusivas tais como ocorrem acabará levando ao colapso do Judiciário.

Referências

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

JAYME, Fernando Gonzaga; SANTOS, Marina França. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no anteprojeto de novo Código de Processo Civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 265.

LUCAS, Doglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 169-224.

MACHADO, Daniel Carneiro. A ineficácia das reformas processuais diante do uso patológico do Poder Judiciário pelos chamados “litigantes habituais”. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5166, 23 ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59960>>. Acesso em: 18 set. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2010.

SAID FILHO, Fernando Fortes. A crise do Poder Judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça. *Revista Diké*, v. 5, n. 1, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade na prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, n. 125, p. 61-78, jul. 2005.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipada e tutela específica. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *A reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20.

“ Uma Constituição deve ser escrita numa língua culta normal dos brasileiros, culta sem ser preciosa e normal sem ser vulgar – nesse caso, eu me permiti, em alguns pontos, sugerir a substituição, por exemplo, de ‘far-se-á’ por ‘será feita’. ”

Celso Ferreira da Cunha

Filólogo e revisor do texto constitucional ao final da apreciação das suas sugestões na Comissão de Redação Final.



Musical notation for the song "Pátria amada, Brasil!". The notation is presented on three staves. The top staff shows a treble clef, a key signature of one flat (B-flat), and a common time signature (C). The middle staff contains the lyrics: *Pá - tria a - ma - da, Bra - sil!*. The bottom staff shows musical notes corresponding to the lyrics.

Da universalização “judicial” do direito à saúde à uniformização de sua tutela

André Ladeira da Rocha Leão

Juiz de Direito do TJMG

1 Introdução

A ascensão do Poder Judiciário, particularmente quando garante direitos sociais, vem sendo duramente criticada pela doutrina.

Os ataques partem de diversas perspectivas, desde a falta de legitimidade do Judiciário para implementar políticas públicas, passando pela imputação de desrespeito às normas orçamentárias previstas na CRFB até a invocação da violação do princípio da separação de Poderes, que estaria ocorrendo reiteradamente por parte do Judiciário ao deferir direitos sociais de maneira indiscriminada, sem levar em consideração o aspecto coletivo das políticas públicas nessa área.

A partir das críticas dirigidas à atuação do Judiciário na concretização do direito à saúde, o presente texto buscará propor possíveis soluções que levem em consideração a complexidade do tema e as relevantes contribuições doutrinárias acerca do assunto.

2 No princípio era só papel...

Parafraseando Ferdinand Lassalle, ao tempo da elaboração da CRFB/88 a doutrina dominante, depois alcunhada doutrina da efetividade, sustentava, com a melhor das intenções e com o fim de atribuir eficácia normativa ao conjunto de disposições constitucionais, uma perspectiva formal-positivista de classificação das normas constitucionais.

O texto do art. 196 da CRFB/88 era percebido como ensejador de uma norma programática, atribuindo-se-lhe eficácia reduzida em face de outros direitos constitucionais.

Em um primeiro momento, a jurisprudência extraiu do texto uma norma destinada ao legislador e ao administrador, que deveriam formular políticas públicas universais, negando qualquer justiciabilidade individual/subjetiva aos direitos sociais.

Expressiva dessa maneira de interpretar o texto do art. 196 da CRFB/88 é o seguinte aresto do STJ:

Normas constitucionais meramente programáticas, *ad exemplum* o direito à saúde, protegem o interesse geral, todavia, não conferem aos beneficiários deste interesse o poder de exigir sua satisfação... Estas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, ‘ou não dispõem de eficácia plena’, visto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe ‘todos têm o direito e o Estado tem o dever’ — dever de saúde — como afixam os constitucionalistas, ‘na realidade todos não têm o direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes. No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem

a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas (ROMS 6.564/RS, j. em 23/5/1996, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

Essa perspectiva, embora reduzisse a eficácia dos direitos sociais, seguia propósito nobre e emancipador de atribuir o caráter de norma jurídica aos direitos fundamentais de primeira geração, ampliando a eficácia normativa do texto constitucional.

Com efeito, ao tempo em que foi elaborada a CRFB/88, imperava a percepção legicêntrica e monolítica do direito.

Nesse ambiente, a atribuição de eficácia plena aos direitos individuais propiciou sua justiciabilidade e a elevação dos mesmos ao status de direito positivo.

É o que se encontra na obra de um dos representantes de tal doutrina:

[...] Para realizar esse objetivo, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. Esse discurso normativo, científico e judicialista não constituiu, propriamente, uma preferência acadêmica, filosófica ou estética. Ele resultou de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. E efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania [...] (BARROSO, 2009).

Com a chegada de novos aportes doutrinários, mormente as teorias dos princípios formuladas tanto por Ronald Dworkin quanto por Robert Alexy, a inserção do aspecto moral no conceito de direito (doutrinas pós-positivistas), o surgimento de novos modelos hermenêuticos e a importação da teoria das decisões dialogais, importantes e novas perspectivas passaram a informar a exegese do art. 196 da CRFB/88.

Considerando a enorme carência por serviços de saúde, tem início uma nova fase de atuação judicial com significativos impactos nas instâncias majoritárias e na concretização do direito à saúde.

3 A perspectiva contemporânea da exegese do art. 196 da CRFB/88, mutação constitucional

No final dos anos 90, o texto constitucional passou a comportar novos significados, surgindo uma classificação das normas constitucionais a partir de critérios substantivos, que levava em consideração o conteúdo de moralidade das normas constitucionais.

A divisão das normas em regras e princípios, a partir do conteúdo extraído do enunciado legal, nas duas perspectivas mais difundidas (Robert Alexy e Ronald Dworkin), propiciou um novo olhar para a Constituição, especialmente para os direitos sociais.

Vislumbrou-se, para além da norma programática dirigida ao legislador e ao governante, uma garantia mínima de direitos sociais, que poderia ser judicializada em caso de omissão constitucional relevante que comprometesse a dignidade humana, naquilo que lhe fosse essencial. As normas constitucionais passaram a ser entendidas como vinculantes, ainda que admitissem limitações.

A partir da modificação dos paradigmas hermenêuticos, operou-se uma mutação constitucional das normas relativas a direitos sociais, agregando-se a possibilidade de ponderações concretas que permitissem maior inclusão social e reafirmassem seu caráter vinculante.

Considerou-se, nesse novo enfoque, que o art. 196 da CRFB/88, não obstante a vagueza de seu componente textual, garantiria justiciabilidade ao direito à tutela individual da saúde, ao menos no que se refere ao mínimo existencial.

Na falta de mecanismo adequado para garantia dos direitos sociais, aquelas prestações essenciais para uma vida com um mínimo de dignidade passaram a ser tratadas à maneira dos direitos subjetivos, sendo exigíveis do Estado.

A partir da nova perspectiva e em boa hora, os direitos sociais passaram a gozar de justiciabilidade limitada.

Entretanto, ao lado dessa garantia mínima, deveriam continuar a ser promovidas, paulatina e progressivamente, políticas públicas universais e isonômicas para a diminuição das desigualdades sociais, sob inspiração de uma justiça distributiva, que é o fim premente para o qual foi criada essa categoria de direitos. Sobre a origem e a finalidade da categorização dos direitos sociais:

[...] *El modelo del derecho social no es un modelo que sustituya completamente al modelo del derecho privado clásico, sino un modelo correctivo de lo que se consideran disfunciones de este último. La articulación de este modelo se funda, por un lado, en la modificación o sometimiento a crítica de algunos de los presupuestos y postulados del modelo del derecho privado clásico — sin, por ello, desbancarlos completamente. Esto es notorio, por ejemplo, en el campo de los presupuestos de la teoría de la sociedad y de las relaciones sociedad-individuo. Por otro lado, se señalan las limitaciones de los mecanismos del derecho privado clásico, sosteniéndose la necesidad de intevervención estatal cuando el funcionamiento del mercado no garantiza resultados aceptables. La construcción de este modelo jurídico es uno de los vehículos a través de los cuales se realizan las funciones del Estado social, Estado de bienestar o Estado providencia [...]* (ABRAMOVICH; COURTIS, 2014, p. 52-53).

Com efeito, o fato de se atribuir alguma justiciabilidade aos direitos sociais não exclui o caráter programático da norma. Sobre o ponto destaque:

[...] Tomando-se como exemplo o direito à saúde, verifica-se que assim como é correto (pelo menos é o que se irá sustentar mais adiante) deduzir da Constituição um direito fundamental à saúde (como complexo de deveres e direitos subjetivos negativos e positivos) também parece certo que, ao enunciar que a saúde — além de ser um “direito de todos”, “é dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos [...]” (art. 196 da CF de 1988), a nossa lei fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático. Importa notar, portanto, que a assim designada dimensão programática convive com o direito (inclusive subjetivo) fundamental, não sendo nunca demais lembrar que a eficácia das normas, que, distintas entre si, impõem deveres e/ou atribuem direitos igualmente diferenciados quanto ao seu objeto, destinatários, etc. (SARLET, 2009).

Assim, não obstante a alvissareira perspectiva inclusiva e garantidora de justiciabilidade aos direitos sociais, houve uma progressiva e desorganizada equiparação da tutela dos direitos sociais à tutela plena de que gozam os direitos subjetivos.

Se antes a norma era considerada mera diretiva para o Executivo e o Legislativo, passou-se a conceder massivamente medicamentos e procedimentos médicos, reconhecendo-se inúmeros direitos subjetivos, a partir da aplicação direta do art. 196 da CRFB/88.

Conforme assinalado, os direitos sociais foram formulados ante a insuficiência dos direitos fundamentais de primeira geração,

baseados em uma justiça comutativa, para fazer face às dificuldades decorrentes de um sistema econômico excludente e desigual.

Sua pretensão é realizar o Estado Social, diminuir as desigualdades e promover uma justiça distributiva, a fim de criar uma sociedade mais justa e solidária, art. 3º da CRFB/88.

Se por um lado tanto direitos individuais quanto direitos sociais possuem custos, a necessidade de investimentos e de progressivo desenvolvimento social, com diminuição das desigualdades, está no cerne da criação dos direitos sociais, e o custo de tais direitos é muito maior. O impacto orçamentário de decisões massivas nessa área desorganiza políticas públicas em andamento e, no limite, pode inviabilizar e mesmo provocar retrocessos nos direitos sociais.

Nesse sentido e não obstante a boa intenção, a maneira como o direito à saúde vem sendo tratado pelo Judiciário tem interferido significativamente em outras políticas públicas relevantes e que vinham sendo promovidas e organizadas pelos demais Poderes.

A incerteza sobre o conteúdo do mínimo existencial, a falta de critérios seguros de ponderação entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais, e um certo despreparo do Estado em apresentar elementos concretos que permitam um juízo seguro de ponderação, desequilibraram a balança para a garantia de direitos individuais, conferindo ao direito à saúde justiciabilidade plena.

Em algumas unidades da Federação, o avanço das demandas de saúde já comprometem a realização de importantes políticas públicas. Em publicação organizada pelo CNJ, há dados relevantes sobre o tema, *verbis*:

[...] Voltando do particular para o geral, consta que metade de todo o orçamento destinado à saúde no Estado do Rio Grande do Sul é consumido no cumprimento de decisões judiciais, cujo montante saltou de R\$9.000.000 em 2005 para R\$22.000.000 em 2006 (AMARAL, 2011).

4 Limites da tutela judicial do direito à saúde

O direito à saúde possui limites, como de resto todos os direitos fundamentais. A doutrina varia entre a fixação de um limite imanente para a atuação concreta de cada direito fundamental e a fixação de um limite externo decorrente da colisão de princípios constitucionais.

Partindo-se de uma concepção de democracia constitucional, que de um lado prestigie a tomada de decisões nos espaços majoritários por meio da formulação de políticas públicas pelos representantes do povo e, de outro, tenha em conta a necessária garantia de direitos constitucionais (sejam os pressupostos da democracia ou estes e outros conteúdos materiais), há que se pensar na atuação harmoniosa e equilibrada dos poderes. Excesso de constitucionalismo enfraquece a democracia.

É certo que o Juiz não é mais vassalo do texto legal, mas não lhe é dado imaginar que a concessão ilimitada de todas as demandas envolvendo direito à saúde e a conseqüente criação de despesas, muitas vezes vultosas, não causará qualquer impacto para quem também precisa da concretização do direito social, mas não faz parte do processo e será duplamente excluído, pela omissão do governante e pelo Poder Judiciário, que só garante medicamentos a quem o procura.

Ao garantir um direito individual a partir da aplicação direta do art. 196 da CRFB/88, sempre haverá um “terceiro oculto”, que não integra a relação processual, não deduzirá alegações, não produzirá provas, mas será prejudicado pelo redirecionamento da verba destinada às políticas que o beneficiariam.

Haverá, sempre, escolhas trágicas e um conflito entre princípios constitucionais. Nesse sentido, importante contributo doutrinário:

[...] Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma

colisão de valores ou de interesses que contrapõem, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão [...] (BARROSO, 2007).

Os diversos direitos decorrentes da Constituição devem ser realizados em níveis diferentes. Nesse sentido, direitos sociais, por pretenderem reduzir as desigualdades e incluir segmentos marginalizados, devem ser implementados paulatinamente, no Brasil como no resto do mundo, já que saúde, educação, saneamento básico, entre outros, não podem ser concretizados imediatamente a partir de uma decisão judicial.

A massiva equiparação da tutela dos direitos sociais a direitos subjetivos significa, por mais paradoxal que possa parecer, desproteger importantes políticas de saúde já conquistadas, desconsiderando-se o aspecto programático dos direitos sociais, diminuindo seu poder emancipatório.

Ao substituir a escolha dos agentes políticos, o conjunto de decisões individuais desconsidera o aspecto coletivo dos direitos sociais, que deve ser sopesado pelo órgão que possui melhor capacidade institucional para aferir a necessidade de todos, além de isentar os agentes políticos da responsabilidade pela formulação de políticas que garantam o progressivo avanço dos mesmos direitos sociais.

Nessa toada, o projeto de universalização dos direitos sociais é uma incumbência do espaço majoritário e avançará à medida que o país, como um todo, se desenvolver.

O Brasil é um país de modernidade tardia e, ainda que não houvesse desvio de verba orçamentária em razão de corrupção (Lava-jato) ou má gestão de recursos públicos, não haveria orçamento para o aten-

dimento imediato de todas as demandas envolvendo o direito à saúde e a conseqüente garantia de todos os remédios e procedimentos cirúrgicos para toda a população.

Lado outro, não se pode pensar a universalização continuada do direito à saúde a partir de critérios absolutos e imponderáveis. Não há direitos ilimitados.

Há muito que se fazer para promover o direito à saúde. Entretanto, há que se observar o princípio da razoabilidade, não só na apreciação das demandas apresentadas ao Judiciário, mas na aferição do que a sociedade está disposta a pagar para todos.

Tratando o sistema de saúde americano, Ronald Dworkin propõe o argumento do “seguro prudencial” como um critério racional para a escolha do que pode ser oferecido para todos em uma sociedade justa e que preza pela igualdade, *verbis*:

[...] Essas afirmações provêm diretamente de uma hipótese muito atraente: que a distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos [...]

[...] Admitamos que ela possa escolher dentre uma série de possíveis contratos para o fornecimento de assistência médica que poderia desejar, em diversas circunstâncias, no decorrer da vida. Qual plano de saúde seria o mais prudente para a pessoa? Poderia sentir-se inclinada, inicialmente, a comprar um plano de saúde que lhe fornecesse todos os tipos de tratamento que se pudesse imaginar que lhe seriam úteis em quaisquer circunstâncias. Mas ela logo descobriria que o preço de um seguro tão ambicioso seria proibitivo - Não lhe sobraria dinheiro para mais nada - e decidiria que a prudência exige um plano de saúde bem menos abrangente [...].

[...] o método prudente começa com outra ideia: de que ninguém pode reclamar, por questões de justiça, que tem menos do que outra pessoa, contanto que tenha tudo o que teria se a sociedade fosse totalmente justa [...] (DWORKIN, 2011).

5 Capacidade institucional, ponderação, uniformização da tutela do direito à saúde

Para fazer face às dificuldades decorrentes da necessária garantia de um mínimo existencial, com consideração da necessidade de contínua e progressiva universalização de políticas públicas inclusivas na área de saúde, há que se buscar entre as diversas formas de solução para a colisão de direitos fundamentais a fórmula que leve em consideração o caráter vinculante dos mesmos, mas tenha em conta todos os aspectos envolvidos, individual e coletivo.

Os direitos sociais não devem ser equiparados aos direitos subjetivos, atribuindo-se-lhes justiciabilidade plena. Devem-se considerar tais direitos como posições jurídicas que asseguram direitos subjetivos *prima facie* (SARMENTO). É dizer, devem ser deferidos desde que atendidos certos standards que garantam universalização e isonomia, conciliando a micro-justiça com a macro-justiça.

A concessão individual de medicamentos e procedimentos de saúde, quando massiva e ilimitada, acaba por gerar enorme impacto orçamentário que, no extremo, inviabiliza políticas públicas e esvazia o aspecto programático do art. 196 da CRFB/88, provocando a paralisação e mesmo a involução de políticas pensadas a partir das exigências constitucionais, o que é vedado pelo princípio da vedação do retrocesso.

Partindo da perspectiva de Robert Alexy, podemos sustentar que em toda demanda de saúde fundada na aplicação direta do art. 196 da CRFB/88 há conflitos normativos de diversas espécies (em sentido estrito e em sentido amplo), é dizer que há, no mínimo, um conflito entre a necessidade individual do demandante e a necessidade do terceiro oculto, bem como a necessidade de continuação de políticas públicas que não podem ser postergadas (princípio da vedação do retrocesso).

A alocação de verbas para atender a decisões judiciais, quando seu montante compromete significativamente o orçamento, importa na inexorável desalocação de verbas e na conseqüente desproteção de outros direitos relativos à mesma rubrica orçamentária.

Ainda que haja espaço orçamentário para atendimento de demandas judiciais, há que se considerar se deve o Judiciário determinar esta ou aquela política pública em razão das dificuldades e limitações da atividade judicial, que não leva em conta aspectos extra-autos.

O processo judicial leva em consideração os elementos trazidos para o processo e possui uma racionalidade diferente daquela necessária para a formulação de decisões mais amplas que digam respeito ao modo de implementação dos direitos no Estado Brasileiro.

Deve-se considerar, ainda, a falta de capacidade institucional do Judiciário para aferição e escolha das políticas públicas mais adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito para toda a coletividade.

Nas democracias constitucionais contemporâneas, a separação de Poderes é dinâmica, e a linha demarcatória das competências constitucionais deve obedecer a critérios que tenham em conta a capacidade institucional do órgão melhor vocacionado para a realização da atividade.

Na ADI 5.501/DF, o eminente Ministro Barroso, abordou o tema da capacidade institucional para aferir a pertinência da produção e dispensação da substância fosfoetanolamina, que havia sido autorizada por lei (Lei nº 13.269/2016), *verbis*:

[...] Em *segundo lugar*, configura-se violação à reserva de administração, que decorre do princípio da separação de Poderes (CF/1988, arts. 2º e 60, § 4º, III). Ao autorizar o uso da fosfoetanolamina sintética sem cumprimento das exigências legais de realização de testes clínicos e de registro sanitário, o Poder Legislativo substituiu o juízo essencialmente técnico da Anvisa por um juízo político, interferindo de forma indevida em procedimento de natureza tipicamente administrativa [...].

O Judiciário deve ser um fomentador do debate nas instâncias majoritárias, que possuem mais capacidade institucional para tratar de tema tão complexo. Nessa toada, destaco:

[...] A capacidade do Legislativo e do Executivo de implementar políticas públicas de respeito, proteção e promoção de direitos fundamentais, tanto em caráter geral quanto com foco nos mais necessitados, é incomparavelmente superior ao que as decisões judiciais podem fazer. E, como se viu, mesmo a implementação concreta das decisões judiciais em matéria de políticas em geral, e de direitos fundamentais em particular, depende inevitavelmente da cooperação do Executivo e eventualmente do Legislativo. Nesse sentido, é preciso reconhecer os limites da jurisdição na promoção dos direitos fundamentais. O judiciário não será o protagonista de um Estado sustentável e equitativo de direitos [...] (BARCELLOS, 2017).

Lado outro, diversas são as possibilidades colhidas na doutrina para fazer face à colisão de normas constitucionais. O STF tem se inclinado pela parametrização, com a consequente criação de *standards* hermenêuticos universalizáveis.

Para ponderar os diversos e complexos elementos que envolvem o direito à saúde há diversos caminhos. A doutrina procura sintetizar as diversas opções hermenêuticas, merecendo menção especial:

[...] Em nossa doutrina, os esforços que mais têm prosperado são os de se estabelecerem *standards* de ponderação, i.e., parâmetros predefinidos para a ponderação de alguns conjuntos de princípios, de forma a se criar uma expectativa razoável quanto à solução da colisão. 28. Alexy os caracteriza como relações de “precedência condicionada” 29. Tais padrões resultam, de modo geral, de uma reconstrução da experiência jurídica. Quando uma mesma colisão é recorrente e a solução se padroniza, a explicitação de tal padrão, na forma de uma máxima, cria previsibilidade em relação aos casos futuros e evita que, a cada colisão concreta, todos os argumentos envolvidos na ponderação sejam

novamente mobilizados. Os magistrados não estarão obrigados a decidir de acordo com o *standard*, mas, para afastá-lo, devem estar dispostos a aceitar o ônus argumentativo daí decorrente [...] (SOUZA NETO, 2005).

No sentido da parametrização e criação de *standards*, observa-se que o eg. STF, no RE 566.471, em voto da lavra do Min. Barroso, destaca:

[...] para fins de reduzir e racionalizar, tanto quanto possível, a judicialização nessas situações, proponho 5 (cinco) requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de uma prestação de saúde. São eles: (i) a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente, (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes, (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS, (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências, e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União. Ademais, deve-se exigir a observância de 1 (um) parâmetro procedimental relativo à realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde (*e.g.*, câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e CONITEC), para fins de aferir a presença dos requisitos de dispensação e determinar aos órgãos competentes, no caso de deferimento judicial do medicamento, que avaliem a possibilidade de sua incorporação pelo SUS [...].

O eg. STJ, por sua vez, no REsp 1.657.156-RJ, tratando dos medicamentos de alto custo que não integram a portaria de medicamentos disponibilizadas pelo SUS, formulou uma relação de precedência em favor do direito individual desde que observado o seguinte:

[...] (i) Comprovação da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da

moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento [...].

Encontrada a dose certa delimitada pelos *standards* pré-definidos, deve-se procurar minimizar a tensão entre democracia e constitucionalismo, a partir de decisões dialogais que levem em conta a capacidade institucional dos órgãos envolvidos. Mais direitos individuais representa menos políticas coletivas, já que não há solução possível fora do orçamento.

É sempre possível ao magistrado afastar-se do parâmetro. Mas terá um ônus argumentativo maior e deverá expor as circunstâncias peculiares do caso para que o elaborador da política pública envolvida possa instar seus órgãos técnicos e readequar seus procedimentos ou esclarecer ao Judiciário eventual equívoco ou inviabilidade técnica da universalização do medicamento/procedimento concedido.

Propõe-se a adoção de decisões que levem em consideração um diálogo institucional permanente para que a atividade de garantia de direitos de quem pleiteia individualmente um medicamento/procedimento considere a rede do SUS e as políticas públicas já existentes, bem como o estado atual da medicina baseada em evidência.

O suporte aos Juízes que atuam em Juizados de Fazenda Pública prestado pelo NAT-JUS (Juízes enviam e-mail para o referido órgão que presta a assessoria técnica necessária) no Estado de Minas Gerais é um importante expediente, já que estabelece um diálogo institucional prévio à decisão nas demandas de saúde.

Pode-se preconizar sejam adotadas técnicas de decisão que continuem o diálogo e permitam que o órgão com mais capacidade institucional contribua para oferecer subsídios mais completos no futuro, ou para incluir o medicamento/procedimento nas listas de itens fornecidos pelo SUS administrativamente, sem necessidade de demandas judiciais.

Na linha do sustentado, colho relevante passagem doutrinária:

[...] De todo modo, ainda que não venha a acatar a orientação administrativa, o magistrado teria um ônus reforçado de fundamentação, devendo demonstrar as razões pelas quais a considera inválida ou inaplicável naquela situação específica. Nesse caso, a decisão deveria ser remetida ao órgão técnico para eventual reexame da matéria à luz das considerações judiciais. A nova conclusão seria igualmente incluída no banco de dados, aumentando a consistência da cadeia argumentativa que seria encontrada pelo próximo julgador. Na via inversa, caso o medicamento em questão nunca tenha sido objeto de exame por parte da Administração, a decisão judicial seria o ponto de partida para a instauração do diálogo, cujo prosseguimento se daria nos mesmos moldes. O objetivo é criar incentivos para aumentar a qualidade das decisões e filtrar inclinações pessoais, além de potencializar os canais de revisão institucional e crítica pública [...] (MENDONÇA, 2018).

Assim, somado ao diálogo prévio, já existente em alguns Estados da federação, a partir da interação do órgão judicial com o gestor do sistema (v.g.: NAT-JUS no Estado de MG), a decisão final concessiva deveria ir além, expondo os elementos peculiares do caso com comunicação imediata ao referido gestor, a fim de que seja iniciado um processo administrativo, ou para incluir o medicamento/procedimento na lista do SUS, ou para subsidiar futuras decisões com o enfrentamento das novas circunstâncias apresentadas.

Assim, uma vez comunicado da decisão definitiva e das circunstâncias que justificaram o afastamento da opinião do órgão técnico ligado ao gestor do sistema, que possui maior capacidade institucional para implementar o direito à saúde, deve o Judiciário levar em consideração o novo parecer em futuras decisões.

A tese proposta de Eduardo Mendonça concilia a necessária garantia individual de medicamentos para quem precisa, ao passo que permite ao gestor do sistema o aprimoramento das políticas públicas universais e igualitárias.

Desse modo, garante-se o mínimo existencial (espaço de atuação legítima do Judiciário), permite-se ao gestor do sistema formule políticas mais adequadas para cada aspecto do complexo problema de saúde e promove-se um maior diálogo institucional com consequente equilíbrio entre o aspecto subjetivo e o aspecto programático do texto do art. 196 da CRFB/88.

6 Conclusão

É certo que, quanto mais deficiente a atuação estatal para a progressiva concretização de direitos sociais, maior será a atuação do Judiciário na garantia e mesmo no impulsionamento de políticas públicas.

Entretanto, a atuação judicial deve observar a necessidade de construção de uma sociedade justa e solidária, diminuindo (e não agravando) as desigualdades que advêm da concessão massiva de direitos subjetivos desconsiderando-se importantes diretrizes constitucionais, art. 3º, I, II, e III, CRFB/88.

Ao Judiciário cabe assegurar um mínimo de saúde de cada indivíduo, mas deve considerar também o aspecto coletivo do direito que impõe atuem o Legislativo e Executivo na formulação de políticas universais e isonômicas que promovam um paulatino e progressivo cumprimento da norma constitucional.

Não obstante existam importantes instrumentos de uniformização das decisões judiciais do novo CPC, tais como o julgamento liminar de improcedência, art. 322, o IRDR, art. 985 do CPC, a repercussão geral, art. 1.035, e o regime dos recursos repetitivos, art. 1.036, a súmula vinculante, Lei 11.417/2006, é preciso avançar na racionalização do sistema em busca da construção coletiva da melhor versão do direito à saúde, mesmo em demandas individuais cuja matéria fática seja singular.

A limitação da atuação judicial deve advir da adoção de parâmetros orientadores da ponderação concreta realizada nos processos judiciais em que se pleiteiam medicamentos ou procedimentos cirúrgicos mediante aplicação direta do art. 196 da CRFB/88.

Conciliar a urgência de quem pleiteia judicialmente a tutela de seu direito à saúde com a necessária tutela dos demais, terceiros na relação processual e que também necessitam da mesma tutela, é medida que se impõe.

Nesse sentido, cumpre ao magistrado seguir os parâmetros fixados sempre que possível em busca da racionalização do conjunto de demandas de saúde e, caso a postulação apresente peculiaridades, justificar pormenorizadamente o porquê de não ter adotado o parâmetro naquele caso, comunicando o gestor de saúde da peculiaridade da demanda para que o mesmo possa produzir mais elementos que deverão ser considerados em casos futuros.

Redução da atuação judicial ao mínimo existencial por meio de *standards* pré-definidos, consideração das capacidades institucionais dos demais poderes (Ferramentas como o suporte às demandas de saúde pelo Nat-Jus) e a adoção de técnicas de decisões dialogais, que fomentem o debate sobre esse complexo tema nos espaços majoritários, são caminhos para a racionalização da implementação concreta do direito à saúde.

O que se propõe não é a solução de demandas envolvendo direito à saúde a partir de um algoritmo, à maneira de uma disrupção tecnológica que transformasse o direito em algo mensurável a partir de padrões de inteligência artificial.

Ao revés, a adoção de parâmetros hermenêuticos pré-definidos traduz a percepção de que o direito é uma obra coletiva e que cada juiz, ainda quando decida uma demanda individual, deve contribuir para a sua melhor versão, criando proposições universalizáveis e que traduzam a melhor escolha possível, beneficiando toda a sociedade.

Se os direitos sociais almejam uma sociedade menos desigual e mais emancipadora, todos os operadores do direito devem buscar a realização desses valores, observada a capacidade institucional de cada Poder.

Referências

ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 4. ed. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2. ed. (Organizadores: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes). Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito e Silva; DIAS, Ricardo Augusto (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 81-115.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público-IP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, nov./dez. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Belo Horizonte: Editora Juspodivm, 2013.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MENDONÇA, Eduardo. Remédio ineficaz: a judicialização desordenada das políticas de saúde. Disponível em: <www.jota.com.br>. Acesso em: 10 set. 2018.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. A efetivação judicial dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 75, p. 309-334, abr./jun. 2011.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

PEREIRA, Jane Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Jane Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: fraquezas e possibilidades. *Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 29, jun. 2016.

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

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e *standards* de ponderação. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 4, n. 15, p. 207-227, abr./jun. 2005.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

“ *A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja nosso grito: — Mudar para vencer! Muda, Brasil!* ”

Ulysses Guimarães

Presidente da Assembleia Nacional Constituinte,
em discurso na sessão solene de promulgação da Constituição da
República Federativa do Brasil de 1988, em 5 de outubro de 1988.



A Constituição Federal de 1988 e a incorporação de diplomas internacionais relativos a questões de gênero

Bárbara Lívio
Juíza de Direito

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, marco na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, institui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), entre seus objetivos fundamentais a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação (art. 3º, incisos III e IV, CF), bem como reconheceu o princípio da igualdade como direito fundamental (art. 5º, inciso I, CF).

Nesse sentido, ainda, a Constituição de 1988 possibilitou a interação entre o ordenamento jurídico pátrio e os diplomas internacionais, de modo a consolidar um sistema de proteção mais eficiente aos direitos humanos.

Paralelamente a isso, a atenção da comunidade jurídica internacional voltava-se para questões relativas à igualdade de gênero, produzindo diplomas para orientar Estados a aprimorar o modo por meio do qual a questão era trabalhada, em especial para superar as violações de direitos praticadas em face das mulheres.

Nessa ordem de ideias, o presente artigo objetiva analisar como a Constituição Federal de 1988 interage com as convenções internacionais de direitos humanos e a evolução legislativa no tratamento das desigualdades inerentes ao gênero, em especial, a influência de diplomas internacionais relativos a direitos humanos no ordenamento jurídico interno e o papel do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Para tanto, serão analisados a origem, o contexto e a finalidade teleológica dos seguintes diplomas legais: Convenção de Belém do Pará, Relatório 54/2001 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Portaria 15/2017 do CNJ, Resolução 254 do CNJ e Resolução 673/2011 do TJMG.

2 As convenções internacionais sobre direitos humanos e a sua incorporação no Brasil

Existem atualmente dois diplomas internacionais específicos relativos a conflitos baseados em gênero ou sexo. São eles de Belém do Pará e a Convenção de Nova York.

Primeiramente, cumpre analisar qual a posição legislativa de cada um e seus efeitos sobre o ordenamento jurídico.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 trouxe uma importante inovação acerca do modo de incorporação dos tratados internacionais. De acordo com o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

Logo, ao falar em tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, aqueles que forem incorporados por meio desse procedimento especial, ou seja, votados no Congresso Nacional, em dois

turnos, com a aprovação por maioria qualificada, são equivalentes às emendas constitucionais.

Por outro lado, observa-se, por meio da data de publicação do Decreto 1.973/1996, que o procedimento de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro concluiu-se antes da Emenda Constitucional 45/2004, e não se faz menção a quórum especial de votação. Destarte, em uma primeira análise, eles não integrariam o bloco de constitucionalidade.

Contudo, esta não é a posição que mais se coaduna com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais existem quatro teorias: (i) *status* de norma supraconstitucional; (ii) *status* de norma constitucional; (iii) *status* de norma supralegal; e (iv) *status* de lei ordinária federal.

Cumprir destacar que a determinação da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento independente, para muitos, de critérios formais de aprovação pelo Congresso Nacional, uma vez que, nesta seara, o critério a ser observado é material, e não formal.

Nessa esteira, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal dispõe que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela dotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Portanto, as Convenções de Belém do Pará e de Nova York integram o bloco de constitucionalidade brasileiro mesmo que não aprovadas segundo o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Lei Maior.

Precursora da Teoria da Constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, Flávia Piovesan entende:

Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.¹

Assim, a Convenção de Belém do Pará integra o bloco de constitucionalidade, irradiando seus efeitos a todo o ordenamento jurídico.

3 A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Eradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará

Baseada na ideia de gênero e construções históricas de dominação, a Convenção de Belém do Pará, concebida em 09 de junho de 1994 e incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto 1.973/1996, aborda a temática sob uma perspectiva calcada no gênero e em construções sociais de poder e dominação do homem sobre a mulher.

A convenção apresenta importantes inovações que irradiam seus efeitos para a atividade legiferante que a sucedeu. Pode-se citar a introdução do conceito de gênero, a exegese histórico-cultural da violação, a identificação de as violações aos direitos das mulheres repre-

¹ Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

sentarem uma violação aos direitos humanos, a imposição de deveres aos Estados e os mecanismos de acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos em hipóteses de violação.

Com efeito, Leila Linhares Barsted, em entrevista para a Organização Compromisso e Atitude sobre o impacto da Convenção de Belém do Pará, disse:

Em primeiro lugar, essa é a primeira Convenção — e talvez ainda a única — que trata especificamente da violência de gênero. Isso é muito importante porque precisamos lembrar que ela abrange um amplo leque de situações. Foi a primeira Convenção que não apenas nomeia a problemática da violência contra as mulheres, mas define, mostra quem pode ser autor de violência nas relações mais íntimas, na comunidade, ou mesmo o Estado, na violência praticada pelos agentes públicos. Também em vários artigos a Convenção faz referência a outros direitos das mulheres elencados na CEDAW, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), e estabelece compromissos dos Estados partes da OEA para fazerem cumprir a Convenção (BARSTED, 2014).

Faz-se mister destacar, ainda, que o diploma internacional reconhece em práticas histórico-sociais o advento do tratamento dicotômico entre a figura feminina e a masculina e, a partir dessa perspectiva, impõe aos Estados tanto a figura de agressores quanto o dever de criar os mecanismos para a superação do impasse.

A convenção de Belém do Pará apresenta importante avanço ao definir a violência contra a mulher de modo a delimitar seu âmbito de abrangência à violência de gênero, e não apenas contra a mulher.²

Cumprе ressaltar que a Convenção inova também ao descrever as formas de violações praticadas tanto em âmbito domésti-

² Dispõe o art. 1º: “Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.”

co quanto público, bem como por pessoas e pelo próprio Estado. De acordo com o art. 2º:

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

- a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
- b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
- c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Destarte, restou expressamente reconhecido que a violência pode tanto ocorrer dentro do âmbito doméstico e familiar quanto em espaços públicos, como escolas, hospitais, unidades de atendimento à saúde e instituições privadas.

Essa inovação possui uma dupla característica: (i) a inserção do controle público sobre relações privadas e familiares violentas e (ii) o reconhecimento da participação da mulher nas esferas públicas. Resta, assim, de modo indireto, superada a leniência estatal em face do antigo binarismo da figura feminina e masculina no patriarcado.³

Ademais, a possibilidade de tutela estatal, que não se confunde com o direito penal, dentro do núcleo familiar, para reequilibrar situações historicamente de opressão e dominação, apresenta importante marco para a superação de antigas concepções e dizeres populares

³ De acordo com Soraia da Rosa Mendes e Michelle Karen Batista dos Santos: “[...] tomado desde uma perspectiva feminista, o conceito de patriarcado refere-se à manifestação e à institucionalização do domínio masculino que se estende a toda a sociedade, garantindo que os homens assumam os espaços públicos de poder e que as mulheres sejam relegadas ao privado” (VALOIS *et al.*, 2017, p. 216-217).

como “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, “roupa suja se lava em casa”, entre outros.

A Convenção ainda tornou expressa uma forma qualificada de violação, aquela praticada pelo Estado ou seus agentes por meio de atos omissivos (art. 2º, alínea c).

Como conseqüente aprimoramento da forma como a violência de gênero é administrada, aos Estados foram, no Capítulo IV do diploma internacional, previstos deveres com o claro objetivo de cessar ou reduzir as violações previstas no art. 2º.

Os deveres previstos nos artigos da Convenção perfazem verdadeiros instrumentos de superação das estruturas que culminaram nas sistemáticas violações aos direitos das mulheres.

Como se pode notar no preâmbulo da Convenção, vetor interpretativo desse conjunto de normas, o nascimento da violência de gênero é atribuído a um sistema de dominação sociocultural, calcado em relações históricas de poder.

Dispõe o preâmbulo: “Preocupados porque a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”.

Como conseqüência, os diversos deveres impostos ao Estado possuem preponderante caráter educativo, com finalidade teleológica de superação de padrões culturais de papéis socialmente definidos e estereótipos.

Como contraponto ao reconhecimento da construção histórica das disparidades, os Estados que ratificaram a convenção expressamente se obrigaram a:

a. [...]

b. modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a

fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher;

c. promover a educação e treinamento de todo o pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como do pessoal encarregado da implementação de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher;

d. [...]

e. promover e apoiar programas de educação governamentais e privados, destinados a conscientizar o público para os problemas da violência contra a mulher, recursos jurídicos e reparação relacionados com essa violência.

A previsão expressa de mecanismos internacionais para controle estatal e a possibilidade de a pessoa agredida buscar auxílio junto aos órgãos internacionais representaram também avanços. Com efeito, essa possibilidade culminou inclusive com a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, Relatório 54/2001, no caso Maria da Penha Maia Fernandes contra o Brasil.

4 O parecer da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em 4 de abril de 2001, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Relatório 54/2001, condenou o Brasil a diversos deveres relativos ao processamento e à punição de atos violentos baseados em violência doméstica, bem como à instrução e à capacitação dos agentes públicos para o adequado tratamento da questão.

Com efeito, Maria da Penha Maia Fernandes, devidamente representada por meio do Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (Ceji) e pelo Comitê Latino-Interamericano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), buscou junto à Corte Interamericana a tutela

de seu conflito, sustentando, em síntese, que sofrera uma tentativa de homicídio seguida por novas agressões físicas por seu marido, porém ele continuava sem punição após 15 (quinze) anos dos fatos, devido a inércias e incapacidades estatais para a tutela do litígio.

Consta expressamente do Relatório:

A denúncia alega a tolerância da República Federativa do Brasil (doravante denominada ‘Brasil’ ou ‘o Estado’) para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros em seu domicílio na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, contra a sua então esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante os anos de convivência matrimonial, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983. Maria da Penha, em decorrência dessas agressões, sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades desde esse ano. Denuncia-se a tolerância do Estado, por não haver efetivamente tomado por mais de 15 anos as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias efetuadas.

Recebida a denúncia em 20 de agosto de 1998, o Brasil foi cientificado em 19 de outubro de 1998, solicitando-se informações sobre o caso. Contudo, deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar informações,⁴ aplicando-se a presunção prevista no art. 42 do Regulamento da Comissão, qual seja presunção de veracidade dos fatos narrados.

Após análise da conduta estatal no julgamento das ações criminais relativas às violações praticadas por Marco Antônio Heredia Viveiros em face de sua esposa, Maria da Penha Maia Fernandes, reconheceram a leniência e a incapacidade de o Estado tutelar, de forma satisfatória, as condutas calcadas em violência de gênero contra a mulher.

⁴ De acordo com o Relatório: “Uma vez que o Estado não apresentou comentários sobre a petição, apesar dos repetidos requerimentos da Comissão, os peticionários solicitaram que se presuma serem verdadeiros os fatos relatados na petição, aplicando-se o art. 42 do Regulamento da Comissão”, “Ante a falta de resposta do Estado, em 2 de agosto de 1999, os peticionários solicitaram a aplicação do art. 42 do Regulamento da Comissão com o propósito de que se presumisse serem verdadeiros os fatos relatados na denúncia, uma vez que haviam decorrido mais de 250 dias desde a transmissão da petição ao Brasil e este não havia apresentado observações sobre o caso.”

De acordo com o relatório:

Nesse sentido, a Comissão Interamericana observa que a demora judicial e a prolongada espera para decidir recursos de apelação demonstram uma conduta das autoridades judiciais que constitui uma violação do direito a obter o recurso rápido e efetivo estabelecido na Declaração e na Convenção. Durante todo o processo de 17 anos, o acusado de duas tentativas de homicídio contra sua esposa continuou - e continua - em liberdade. [...]

Um estudo do Movimento Nacional de Direitos Humanos do Brasil compara a incidência de agressão doméstica contra mulheres e contra homens e mostra que, nos assassinatos, havia 30 vezes mais probabilidade de as vítimas do sexo feminino terem sido assassinadas por seu cônjuge que as vítimas do sexo masculino. A Comissão constatou, em seu Relatório Especial sobre o Brasil, de 1997, que havia uma clara discriminação contra as mulheres agredidas, pela ineficácia dos sistemas judiciais brasileiros e sua inadequada aplicação dos preceitos nacionais e internacionais, inclusive dos procedentes da jurisprudência da Corte Suprema do Brasil. [...].

Outros relatórios indicam que 70% das denúncias criminais referentes à violência doméstica contra mulheres são suspensas sem que cheguem a uma conclusão. Somente 2% das denúncias criminais de violência doméstica contra mulheres chegam à condenação do agressor (Relatório da Universidade Católica de São Paulo, 1998).

Demonstrada a tolerância estatal em face das violências praticadas contra Maria da Penha, foram elaboradas recomendações ao Brasil. Interessante notar a preocupação da Corte Interamericana com o aperfeiçoamento do sistema de justiça, seja por meio da capacitação de todos que nele atuam, seja por meio do aperfeiçoamento estrutural, em especial, dos locais que configuram a porta de entrada da mulher em situação de violência no sistema judicial, as delegacias.

Entre outras, constam no Relatório 54/01 as seguintes recomendações:

Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte: a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados, para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais; e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

As recomendações se coadunam com os deveres impostos aos Estados na Convenção de Belém do Pará, observando-se, ainda, o reconhecimento de que formas alternativas de solução do conflito se mostram eficazes, conforme recomendação 4, alínea c.

Como resposta a essa condenação, bem como aos anseios e movimentos sociais, profundas mudanças legislativas, judiciais e nos serviços públicos foram observadas. Na seara legislativa, pode-se citar a elaboração da Lei Maria da Penha (Lei Federal nº 11.340/06)⁵ e a qualificação do crime de homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (Lei Federal nº 13.104/2015). Por

⁵ A qual possui tanto aspectos administrativos, quanto de direito material, como a configuração de agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea f, do Código Penal, quanto aspectos processuais, como a possibilidade de prisão preventiva pelo descumprimento das medidas protetivas.

sua vez, quanto ao Poder Executivo, destaca-se o aumento do número de delegacias especializadas no atendimento e tratamento da mulher em situação de violência.

No que toca ao Poder Judiciário, observa-se intensa atuação do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais para efetivar os deveres impostos na Convenção de Belém do Pará e as recomendações elaboradas no Relatório 54/2001. Mostra-se como tônica da atuação do Conselho Nacional de Justiça a capacitação de seus membros e o aperfeiçoamento da estrutura dos Tribunais com a criação de órgãos específicos e especializados para o tratamento do tema.

5 A observação das recomendações formuladas no Relatório 54/2001 e o Conselho Nacional de Justiça

Criado por meio da Emenda Constitucional 45, em 14 de junho de 2004, o Conselho Nacional de Justiça, previsto no art. 103-B da Constituição Federal, possui, entre outras, a atribuição para expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências (art. 103-B, § 1º, *caput*, CF).

Sem qualquer pretensão de análise exaustiva da natureza jurídica ou atribuições do Conselho Nacional de Justiça, objetiva este dispositivo articular as ações realizadas pelo Conselho em face das orientadas e recomendações internacionais.

Pode-se notar, por exemplo, sobre a temática da violência doméstica e familiar, a atuação sólida do Conselho no cumprimento dos compromissos assumidos na Convenção de Belém, bem como dos itens da Recomendação 54/2001 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Quanto à Convenção de Belém do Pará, cumpre destacar que, entre os deveres assumidos, há a obrigação pelos Estados signatários de elaborar relatórios estatísticos sobre casos envolvendo violência doméstica e familiar.

Consta do art. 8, alínea *g*, ser dever do Estado:

Assegurar a pesquisa e coleta de estatísticas e outras informações relevantes concernentes às causas, consequências ou frequência da violência contra a mulher, a fim de avaliar a eficiência das medidas tomadas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como formular e implementar as mudanças necessárias.

A par e passo, dentro da estrutura judiciária, incumbe ao Conselho Nacional de Justiça, de acordo com o art. 103-B, inciso I, da Constituição, elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário.

Vale ressaltar que o órgão possui dois departamentos auxiliares, o Departamento de Pesquisas Estratégicas e o Departamento de Gestão Estratégica, sendo este responsável por melhorar a prestação jurisdicional por meio das informações levantadas por aquele.⁶

Quanto aos crimes de violência doméstica e familiar, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria 15/2017, que institui a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres no Poder Judiciário, alterada pela Resolução 224, de 4 de setembro de 2018, instituiu o Programa Semana da Justiça pela Paz em Casa (arts. 5º e 6º), cabendo a ele elaborar, em âmbito nacional, o relatório quantitativo dos crimes instruídos e julgados nesse período, bem como prever temas para a semana, conforme art. 9º da Portaria.⁷

Ainda no que toca à produção estatística do Conselho Nacional e seu impacto para o estabelecimento de diretrizes na Magistratura, o

⁶ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79570-nos-10-anos-do-cnj-judiciario-da-salto-em-gestao-com-ajuda-de-pesquisas>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁷ Em agosto de 2018, o tema eleito para priorização de julgamento foi o crime de feminicídio, cabendo aos tribunais estaduais empenharem-se para instruir e julgar processos sobre o tema.

levantamento realizado pelo CNJ sobre o perfil sociodemográfico da magistratura, em 2018, demonstrou que há nítida preponderância de homens integrantes da carreira, em especial, em cargos de coordenação e chefia.

De acordo com os dados obtidos, entre os magistrados, 63% são homens e 37% mulheres, as mulheres progredem menos na carreira, uma vez que representam 44% dos juízes substitutos, 39% dos juízes titulares, mas 23% dos desembargadores e apenas 16% dos ministros dos tribunais superiores.⁸

Em contrapartida, o Conselho Nacional, por meio da Resolução 225, de 4 de setembro de 2018, estabeleceu a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Nesta, consta expressamente: “considerando os dados do CNJ sobre a representatividade feminina a revelar assimetria na ocupação de cargo no Poder Judiciário”.

De outro lado, quanto à capacitação técnica de agentes públicos para o tratamento adequado dessa espécie de conflito, a Convenção do Pará prevê, expressamente, ser dever do Estado:

Promover a educação e treinamento de todo o pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como do pessoal encarregado da implementação de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.⁹

Além disso, consta expressamente da Recomendação 54/2001:

A Comissão recomenda particularmente o seguinte: a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e po-

⁸ Dados extraídos do Relatório Perfil Sociodemográfico dos Magistrados – 2018, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/49b47a6cf9185359256c22766d5076eb.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁹ Art. 8º.

liciais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica.

Na estrutura interna, a função orientadora do CNJ culminou com a realização anual do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar (Fonavid), bem como na determinação aos tribunais estaduais de criação de Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar, prevista na Resolução 128/2001.

Quanto ao Fonavid, foi criado durante a III Jornada da Lei Maria da Penha, realizada em parceria entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça, em 3 de março de 2009. O Fórum objetiva garantir efetividade jurídica e aperfeiçoar magistrados e equipes técnicas em um espaço permanente de discussões e compartilhamento de experiências.¹⁰

De outro lado, em observação à Resolução 128/2001 do CNJ, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais criou a Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar (Comsiv) por meio da Portaria 3.407/2016 e da Resolução 673/2011, alterada pelas Resoluções 734/2013 e 735/2013.

Com efeito, a Coordenadoria possui atribuições para assessorar a Presidência do Tribunal, a Segunda Vice-Presidência e a Corregedoria-Geral de Justiça no desenvolvimento de políticas, treinamento e ações relacionados com o combate e a prevenção à violência doméstica e familiar contra as mulheres (art. 2º, inciso I, Resolução 673/2011), fornecer ao Conselho Nacional de Justiça dados referentes aos procedimentos que envolvam a Lei nº 11.340, de 2006, de acordo com a parametrização das informações com as Tabelas Unificadas do Poder Judiciário, promovendo as mudanças e adaptações necessárias

¹⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/lei-maria-da-penha/forum>. Acesso em: 23 set. 2018.

junto aos sistemas de controle e informações processuais existentes (art. 3º, inciso VIII, Resolução nº 673/2011), entre outras previstas no artigo da Resolução.

6 Conclusão

A Constituição Federal de 1988 delineia, no que toca aos direitos humanos, um sistema permeável de valores e regras de proteção ao vulnerável, em que instrumentos internacionais ratificados são incorporados ao sistema jurídico, produzindo efeitos em todas as esferas de poder.

No que tange ao tratamento de questões relativas à violência doméstica e familiar, observa-se, durante todo o século XX, uma intensificação mundial no combate a formas de discriminação e dominação calcadas no binômio masculino e feminino, bem como no conhecimento de violações sistemáticas de direitos baseadas no gênero.

Além dos movimentos sociais, aprimorou-se também a quantidade de estudos e pesquisas envolvendo crimes baseados em violência doméstica e familiar, conscientização acerca das diferenças culturais entre homens e mulheres e das relações históricas de dominação.

O sistema internacional de direitos humanos, atento às demandas sociais, desenvolveu diplomas normativos e impôs aos Estados signatários deveres para a superação da violência de gênero, submetendo-os à jurisdição de cortes internacionais de direitos humanos.

Por outro lado, a Constituição de 1988 traz um sistema poroso quanto ao regramento internacional e o ordenamento jurídico pátrio, em que tratados internacionais são incorporados ao ordenamento jurídico, por meio de normas que integram o bloco de constitucionalidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Relatório 54/2001, recomendou ao Brasil diversas diretrizes para a pri-

morar o tratamento oferecido às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O Conselho Nacional de Justiça, dada sua função orientadora do Poder Judiciário, oferece diretrizes aos Tribunais Estaduais, observando, assim, tanto as recomendações realizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto os deveres previstos na Convenção de Belém do Pará.

Referências

BARSTED, Leila Linhares. *Belém do Pará + 20: especialista brasileira aponta avanços e desafios*. 5 nov. 2014. Entrevista concedida ao *site* Compromisso e atitude / Lei Maria da Penha / A Lei é mais forte. Disponível em: www.compromissoeatitude.org.br. Acesso em: 19 set. 2018

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de direito internacional*. 13. ed. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção de direitos humanos*. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/3516-13296-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VALOIS, Luiz Carlos *et al.* (Org.). *Justiça restaurativa*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

*“ Os olhos conscientes da Nação estão cravados em vós.
A missão que vos aguarda é tanto mais difícil quanto
é certo que, nela, as virtudes pouco exaltam, porque
esperadas, mas os erros, se fatais, estigmatizam.
Que Deus vos inspire. ”*

José Carlos Moreira Alves

Ministro, Presidente do Supremo Tribunal Federal,
em discurso aos constituintes na sessão de instalação da
Assembleia Nacional Constituinte, em 1º de fevereiro de 1987.



O marco da Constituição Federal de 1988 no reconhecimento das novas formações familiares: a afetividade como princípio jurídico do direito das famílias

Carlos José Cordeiro

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (mestrado e especialização) em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Membro do Instituto de Direito Privado (IDP); Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

1 Introdução

Objetiva o presente estudo discorrer a respeito das transformações sofridas pela instituição familiar no Brasil, representadas, notadamente, pelo reconhecimento da pluralidade familiar e pela adoção do valor da afetividade como seu princípio fundante.

Para tanto, será apresentado, primeiramente, o cenário familiar anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, momento em que a família se resumia à entidade matrimonial, traduzindo-se em um modelo hierarquizado, patriarcal e preocupado com a preservação do patrimônio familiar em detrimento dos aspectos existenciais.

Em seguida, dar-se-á enfoque ao atual cenário familiar, normativamente reconhecido pela Constituição Federal de 1988, em que

a família é identificada como a base da sociedade, constituída não apenas por vínculos sanguíneos/genéticos, mas, igualmente, por vínculos afetivos, e, por isso, detém o papel de promover o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros.

2 Transformações sofridas pela entidade familiar antes da Constituição Federal de 1988

No Brasil, desde a instituição da República até antes do advento da Constituição Federal de 1988, a formação familiar reconhecida pelo Estado era, apenas, aquela constituída por meio do matrimônio. Tal disciplinamento legal se deu em razão da necessidade de preservar a harmonia da sociedade, fundada no aspecto patrimonial, ou seja, a família era vista como uma unidade de produção, a qual deveria permanecer unida, sob a regência do patriarca, de modo a possibilitar o acúmulo de riqueza, requisito essencial para a ascensão social.

Em vista disso, o Código Civil de 1916 consagrou a identificação da família unicamente ao instituto do casamento e, por consequência, trouxe vedação expressa quanto ao reconhecimento de qualquer direito às relações que se distanciassem da união conjugal, as quais eram identificadas, por esse diploma legal, como espúrias, adulterinas ou concubinárias. Além disso, possuía por fundamento a necessidade de preservação da família — notadamente devido ao caráter patrimonial atribuído às uniões conjugais —, razão pela qual o Código Civil de 1916 elencava direitos e deveres de observância obrigatória pelos cônjuges, bem como, em sua redação original, determinava a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Todavia, sendo a família um fenômeno cuja formação se dá de modo espontâneo no meio social, o que se verificou, na realidade prática, foi a não sustentabilidade do vínculo matrimonial indissolúvel. De fato, independentemente da previsão do Código Civil de 1916, as

pessoas casadas rompiam as suas relações conjugais e formavam outras, tudo no plano fático, o qual, assim, não mais restava traduzido no plano jurídico. Diante disso, em 1977, com o advento da Lei nº 6.515 (Lei do Divórcio), instituiu-se a dissolubilidade do vínculo matrimonial, prevendo as figuras da separação judicial e do divórcio.

Dessa forma, constata-se que, no período anterior ao advento da ordem constitucional vigente, a legislação pátria tinha por foco, apenas, a proteção do vínculo conjugal, não reconhecendo, como entidade familiar, qualquer outro relacionamento afetivo instituído pelas pessoas no meio social.

Havia, assim, visão formal e transpessoal da família, na medida em que o casamento era tido como um bem em si mesmo, cuja essencialidade se tornara inquestionável, sobrepondo-se, inclusive, à consideração do afeto como elemento imprescindível para a instituição de comunhão de vidas entre o casal — o que, aliás, nem era cogitado pela legislação até então vigente.

Com efeito, com a Lei do Divórcio, tem-se o início da transição da concepção de família como espaço de poder orientado para a preservação da harmonia social e, por consequência, instituição estritamente limitada e disciplinada pelo Estado, para a sua concepção como instrumento a serviço do bem-estar dos seus membros, construída por relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Há, em decorrência, o aumento da complexidade das relações familiares, por assumirem perfil multifacetário, devido ao aparecimento de novas formações, como as famílias monoparentais, as uniões estáveis, as uniões afetivas entre pessoas de mesmo sexo e a filiação socioafetiva, que exigem, pois, uma nova visão da família pela ciência jurídica.

Nesse sentido, o Direito de Família se torna, na verdade, Direito das Famílias, em face das intensas transformações a que é submetido, as quais se baseiam, notadamente, na mudança de paradigma a fundamentar a formação e manutenção das entidades familiares, exte-

rriorizado no valor da afetividade. Com efeito, o afeto constitui, na atualidade, o alicerce e a mola propulsora das diversas modalidades de formações familiares, pois abrange toda a gama de sentimentos inerentes às relações interpessoais — amor, paixão, amizade, simpatia, perdão, solidariedade, transigência, etc. — que sejam capazes de aproximar as pessoas em prol do alcance da felicidade individual e comum. Assim, o reconhecimento do caráter multifacetário da família é responsável por atribuir juridicidade ao afeto, pois este representa o fundamento de existência das relações familiares, cuja presença é imprescindível para a manutenção e preservação do vínculo familiar.

Portanto, deve-se entender por família a reunião de pessoas ligadas por vínculos afetivos — podendo ou não estar presente a consanguinidade —, cujo objetivo primordial seja possibilitar o integral desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, em busca da realização de suas aspirações à felicidade, bem como à construção de suas potencialidades em prol da convivência em sociedade. Logo, a família representa a unidade primária de associação dos indivíduos e, portanto, a unidade fundamental da sociedade, responsável por veicular afeto e solidariedade entre os seres sociais.

3 Formações familiares após o advento da Constituição Federal de 1988: a afetividade como princípio jurídico do direito das famílias

Tendo em vista as concretas mudanças nas relações familiares, a Constituição Federal de 1988 é responsável por promover, normativamente, profundas alterações no conceito de entidade familiar. De fato, ao preceituar, como princípio fundamental da República, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a Carta Maior impede a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, razão pela qual há o deslocamento da tutela constitucional pura e sim-

plesmente do casamento para abarcar todas as relações familiares que dele se diferem ou distanciam, desde que fundadas na afetividade.

Outrossim, a milenar proteção da família como instituição, ou seja, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, é ampliada para possibilitar a tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, possibilitando-lhes a efetiva busca pela felicidade, atribuindo à família, portanto, verdadeiro perfil eudemonista.

Nesse passo, a Constituição Federal de 1988, ao adotar o princípio do pluralismo das entidades familiares, reconhece, ao lado da família conjugal, a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º), o que não impede a configuração de outras modalidades no seio social. Ademais, dispõe sobre a plena igualdade entre homem e mulher no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5º), além de garantir iguais direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, por adoção ou decorrentes da socioafetividade, proibidas quaisquer designações discriminatórias (art. 227, § 6º).

Dessa forma, a Carta Magna de 1988 é responsável por consagrar importante transformação no conceito de família, a qual deixa de ser um organismo preordenado a fins externos, para se tornar núcleo de companheirismo a serviço das próprias pessoas que a constituem.

De fato, não cabe ao Estado-legislador criar o fenômeno familiar, mas apenas tutelar as famílias que se formam naturalmente, orientadas e estruturadas pelo afeto, de modo a proteger a dignidade de seus membros. Portanto, a família representa o ambiente em que cada pessoa busca a sua própria realização, por meio do relacionamento com outras pessoas, não se restringindo apenas ao casamento, estrutura familiar instituída pelo Estado.

O alargamento conceitual de família é responsável por permitir, em regra,¹ o reconhecimento como entidade familiar de toda e qual-

¹ Apesar da maior abrangência do conceito de entidade familiar, por meio do reconhecimento do afeto como elemento base de qualquer família, verifica-se a existência de exceções, sendo o seu

quer relação pontificada pelo afeto, independentemente da existência de sua previsão em texto legal — o que, inclusive, impõe a atribuição de tratamento isonômico a todas as relações familiares pelo Direito Civil, notadamente do Direito das Famílias, não podendo, pois, serem relegadas a apenas receberem reflexos do Direito das Obrigações.

Logo, ao lado do casamento, da união estável e da família monoparental — espécies que encontram expresso assento constitucional —, também são reconhecidas como família, dentre outras relações existentes no meio social: a união homoafetiva² — união afetiva

principal exemplo a proibição do incesto, que consiste em lei moral orientadora do Direito das Famílias. Nesse sentido, cumpre destacar o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “Adoção. Elementos e circunstâncias dos autos. Direito fundamental. Dignidade da pessoa humana. Cancelamento do ato. Possibilidade jurídica do pedido. Em abstrato, no caso concreto. Interpretação teleológica/sociológica. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Teoria da concreção jurídica. Técnica da ponderação. Situação fático-social. Criança. Proteção integral, com absoluta prioridade. Sentença anulada. Recurso provido. - Tem-se o conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés de tutela. Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade de criança, advinda de relacionamento ‘aparentemente’ incestuoso, até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios. Inteligência dos art. 5º da LICC; 3º e 4º, *caput*, do ECA; e 226, *caput*, e 227, *caput*, da CF”. (Apelação cível 1.0056.06.132269-1/001, Rel. Des. Nepomuceno Silva, 5ª Câmara Cível, j. em 6/12/2007, p. em 9/1/2008).

² Com relação às uniões homoafetivas, o Supremo Tribunal Federal, em 5/5/2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial (Resp) 1183378, em 25/10/2011, proveu recurso de duas mulheres que pleiteavam a habilitação ao casamento civil.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, em 14/5/2013, Resolução nº 175, que determina aos Cartórios de todo o país que celebrem casamento homoafetivo ou convertam a união estável homoafetiva em casamento civil. A proposta partiu do então presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal, Ministro Joaquim Barbosa, e foi aprovada por maioria de votos dos conselheiros. Referida Resolução restou redigida nos seguintes termos: “Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no art. 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”.

Ainda acerca das uniões homoafetivas, cumpre ressaltar a existência do Projeto de Lei nº 5.120/13, que pretende alterar os art. 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 do Código Civil, para reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Dentre as alterações, destacam-se as relativas aos dispositivos que caracterizam o casamento e a união estável, quais sejam: “Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que duas pessoas

entre pessoas do mesmo sexo; a família anaparental³ – convivência duradoura e contínua entre pessoas que possuam ou não vínculo de parentesco; a família pluriparental⁴ (ou mosaico) – união entre pes-

de sexos diferentes ou do mesmo sexo manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”; e “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Ressalte-se que referido Projeto de Lei foi arquivado em 31/1/2015, com posterior desarquivamento em 6/2/2015, estando, até a presente data, com a tramitação paralisada. (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>>. Acesso em: 19 jan. 2019).

³ Reconhecendo, de forma indireta, a existência de entidade familiar entre irmãos solteiros que viviam juntos, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Execução. Embargos de terceiro. Lei 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido” (REsp 159.851/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. em 19/3/1998, DJ de 22/6/1998, p. 100). No mesmo sentido, também já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “Civil e processual civil. Apelação. Embargos do devedor. Imóvel. Devedores solteiros. Bem de família. Impenhorabilidade. Possibilidade. Inteligência da Lei 8.009/90. - O conceito de família compreende, segundo a Lei 8.009/90, o agregado familiar. O art. 1º, *caput*, da Lei 8.009/90, alude a ‘entidade familiar’, a qual é definida, no art. 226, § 4º, da CF/88 como ‘a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’. Além desta hipótese, se compreenderá, no conceito do dispositivo, irmãos que vivem juntos. No caso dos autos, a impenhorabilidade do imóvel abrange também a pessoa solteira que, interpretando teleologicamente a letra da lei, é de igual forma considerada como entidade familiar” (Apelação Cível 1.0702.05.204204-2/001, Rel.ª Des.ª Márcia de Paoli Balbino, 17ª Câmara Cível, DJ de 20/7/2006, DP 10/8/2006).

⁴ Nesse sentido, destaca-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual foi reconhecido o direito do enteado à inclusão como dependente previdenciário do seu padrasto, *in verbis*: “Apelação. Direito previdenciário. Menor guarda. Possibilidade de inclusão como dependente previdenciário. Inteligência do art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90. - Caso concreto em que o marido da mãe tem a guarda do menor e pleiteia sua inclusão como dependente para fins previdenciários e de assistência à saúde. Está claramente comprovado, nos autos, que o autor é guardião do menor e que este depende economicamente do demandante, razão pela qual tenho que deve ser mantido como dependente previdenciário e para fins de assistência à saúde. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, é claro, em seu art. 33, § 3º, ao dispor que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciários. O art. 5º, inc. V, da Lei complementar Estadual nº 12.134/04, possibilita a inclusão como dependente no IPE-saúde do enteado, caso dos autos. Custas. O Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, por ser autarquia estadual, é isento do pagamento de metade das custas processuais, conforme o art. 11 da Lei 8.121/85. Apelo provido em parte” (Apelação Cível nº 70029781598, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Maraschin dos Santos, DJ de 26/8/2009, DP 2/10/2009). Outrossim, ainda quanto à família pluriparental, é importante destacar a possibilidade de alteração do nome do enteado em seu assento de nascimento, com a inclusão do nome familiar do padrasto ou madrastra – conforme previsto no art. 57, § 8º, da Lei nº 6.015/73 (introduzido pela Lei nº 11.924/09) – exigindo-se, para tanto, apenas a expressa concordância do padrasto/madrastra e a ausência de prejuízo dos apelidos de família.

soas egressas de outras famílias desfeitas, sendo compostas por filhos unilaterais e comuns; e a família paralela⁵ — concomitância de duas entidades familiares, em que um dos membros de cada união é uma única pessoa.

⁵ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “Direito das famílias. União estável contemporânea a casamento. União dúplice. Possibilidade de reconhecimento face às peculiaridades do caso. Recurso parcialmente provido. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva — pública, contínua e duradoura — um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina — palavra preconceituosa — mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro” (Apelação Cível 1.0017.05.016882-6/003, Rel.ª Des.ª Maria Elza, 5ª Câmara Cível, j. em 20/11/2008, p. em 10/12/2008). Outrossim, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “Embargos infringentes. União estável. Relações simultâneas. - De regra, não é viável o reconhecimento de duas entidades familiares simultâneas, dado que em (*sic*) sistema jurídico é regido pelo princípio da monogamia. No entanto, em Direito de Família, não se deve permanecer no apego rígido à dogmática, o que tornaria o julgador cego à riqueza com que a vida real se apresenta. No caso, está escancarado que o de *cujus* tinha a notável capacidade de conviver simultaneamente com duas mulheres, com elas estabelecendo relacionamento com todas as características de entidades familiares. Por isso, fazendo ceder a dogmática à realidade, impera reconhecer como coexistentes duas entidades familiares simultâneas. Desacolheram os embargos, por maioria” (Embargos Infringentes nº 70013876867, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, 4º Grupo Cível, DJ de 10/3/2006, DP 12/4/2006). No mesmo sentido: “Apelação cível. Ações declaratórias conexas relativas a uniões estáveis simultâneas. Companheiro falecido. Evidenciado, a partir do conjunto probatório, que ambas as autoras mantiveram união estável com o *de cuius*, inclusive com prole e com todos os contornos que lhe são peculiares: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, a procedência das duas demandas mostra-se inafastável, impondo-se, pois, reconhecer a existência de relações paralelas caracterizando ambas união estável, como definido em lei. Negaram provimento a todos os recursos” (TJRS. Apelação Cível nº 70024427676, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, 8ª Câmara Cível, DJ de 16/10/2008, DP 23/10/2008).

O reconhecimento dessas diversas espécies de famílias é um processo lento, gradual e constante, na medida em que somente se torna possível pelo acompanhamento do desenvolvimento cultural e intelectual da sociedade. Contudo, já é inquestionável, na sociedade brasileira, a noção de ser a entidade familiar encarada como verdadeira comunidade de afeto e de cooperação, desvinculando-se da exigência de um desenho legal imposto pelo Estado.

Em vista disso, destaca-se, inclusive, o desenvolvimento da teoria do poliamorismo, a qual defende a possibilidade de se admitir uniões afetivas simultâneas e paralelas⁶ — ultrapassando a visão restritiva da monogamia —, com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade e na igualdade, objetivando tornar efetiva a função social das entidades familiares.

De igual forma, verifica-se que a afetividade, como elemento de essência das relações interpessoais na família, também proporciona o reconhecimento da chamada parentalidade socioafetiva.⁷

⁶ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *in verbis*: “União estável. Concomitância. Civil. Ações de Reconhecimento de uniões estáveis *post mortem*. Reconhecimento judicial de duas uniões estáveis havidas no mesmo período. Possibilidade. Excepcionalidade. Recursos desprovidos. 1 - Os elementos caracterizadores da união estável não devem ser tomados de forma rígida, porque as relações sociais e pessoais são altamente dinâmicas no tempo. 2 - Regra geral, não se admite o reconhecimento de duas uniões estáveis concomitantes, sendo a segunda relação, constituída à margem da primeira, tida como concubinato ou, nas palavras de alguns doutrinadores, ‘união estável adulterina’, rechaçada pelo ordenamento jurídico. Todavia, as nuances e peculiaridades de cada caso concreto devem ser analisadas para uma melhor adequação das normas jurídicas regentes da matéria, tendo sempre como objetivo precípuo a realização da justiça e a proteção da entidade familiar - desiderato último do Direito de Família. 3 - Comprovado ter o *de cujus* mantido duas famílias, apresentando as respectivas companheiras como suas esposas, tendo com ambas filhos e patrimônio constituído, tudo a indicar a intenção de constituição de família, sem que uma soubesse da outra, impõe-se, excepcionalmente, o reconhecimento de ambos os relacionamentos como uniões estáveis, a fim de se preservar os direitos delas advindos. 4 - Apelações desprovidas” (Apelação Cível nº 2006.03.1.000183-9, Rel. Des. Nívio Geraldo Gonçalves, 1ª Turma Cível, DJ de 27/2/2008, m.v.).

⁷ O reconhecimento da parentalidade socioafetiva é plenamente aceito pelos Tribunais pátrios. A título exemplificativo, tem-se a seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Recurso especial. Ação negatória de paternidade c/c retificação de registro civil. Existência de vínculo socioafetivo nutrido durante aproximadamente vinte e dois anos de convivência que culminou com o reconhecimento jurídico da paternidade. Verdade biológica que se mostrou desinfluyente para o reconhecimento da paternidade aliada ao estabelecimento de vínculo afetivo. Pretensão de anulação do registro sob o argumento de vício de consentimento. Impossibilidade. Erro substancial afastado pelas instâncias ordinárias. Perfilhação. Irrevogabilidade. Recurso

De fato, o reconhecimento do afeto como elemento atributivo do estado de filiação é abarcado pela Constituição Federal de 1988, pois, conforme já dito, consagra a igualdade substancial entre os filhos, vedando qualquer tratamento discriminatório (art. 227, § 6º), bem como assegura a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*). Outrossim, a Carta Magna, ao facultar ao casal o exercício livre do planejamento familiar, dispõe que este deve observar o princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º), o que significa que ser pai/mãe não se resume apenas à concepção biológica da criança, mas sim constitui o efetivo exercício da função paterna/materna, de modo a contribuir para o completo desenvolvimento das potencialidades pessoais daquele tido como filho.

Por sua vez, o atual Código Civil reconhece a possibilidade de parentesco socioafetivo, ao dispor, em seu art. 1.593, que o parentesco pode ser natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou “outra origem”.⁸ Além disso, em seu art. 1.596, consagra o princípio da

especial a que se nega provimento. I - O Tribunal de origem, ao contrário do que sustenta o ora recorrente, não conferiu à hipótese dos autos o tratamento atinente à adoção à moda brasileira, pois em momento algum adotou a premissa de que o recorrente, ao proceder ao reconhecimento jurídico da paternidade, tinha conhecimento da inexistência de vínculo biológico; II - O ora recorrente, a despeito de assentar que tinha dúvidas quanto à paternidade que lhe fora imputada, ao argumento de que tivera tão somente uma relação íntima com a genitora de recorrido e que esta, à época, convivia com outro homem, portou-se como se pai da criança fosse, estabelecendo com ela vínculo de afetividade, e, após aproximadamente vinte e dois anos, tempo suficiente para perscrutar a verdade biológica, reconheceu juridicamente a paternidade daquela; III - A alegada dúvida sobre a verdade biológica, ainda que não absolutamente dissipada, mostrou-se irrelevante, desinfluyente para que o ora recorrente, incentivado, segundo relata, pela própria família, procedesse ao reconhecimento do recorrido como sendo seu filho, oportunidade, repisa-se, em que o vínculo afetivo há muito encontrava-se estabelecido; IV - A tese encampada pelo ora recorrente no sentido de que somente procedeu ao registro por incorrer em erro substancial, este proveniente da pressão psicológica exercida pela genitora, bem como do fato de que a idade do recorrido corresponderia, retroativamente, à data em que teve o único relacionamento íntimo com aquela, diante do contexto fático constante dos autos, imutável na presente via, não comporta guarida; V - Admitir, no caso dos autos, a prevalência do vínculo biológico sobre o afetivo, quando aquele afigurou-se desinfluyente para o reconhecimento voluntário da paternidade, seria, por via transversa, permitir a revogação, ao alvedrio do pai-registral, do estado de filiação, o que contraria, inequivocamente, a determinação legal constante do art. 1.610, Código Civil; VI - Recurso Especial a que se nega provimento” (REsp 1078285/MS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, j. em 13/10/2009, DJe de 18/8/2010).

⁸ Nesse sentido são os enunciados 103 e 256, aprovados nas Jornadas de Direito Civil, promovidas

igualdade material dos filhos, ao dispor que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Dessarte, a filiação socioafetiva não encontra seu fundamento no nascimento (fato biológico) ou em presunções legais (fato jurídico), mas sim na posse de estado de filho. Dessa forma, a caracterização de pai/mãe só pode ser reconhecida, efetivamente, àquele que desempenha o papel de protetor, de educador, de companheiro do filho; ou seja, não é o vínculo biológico ou a presunção legal que tornam alguém pai ou mãe, mas sim a assunção de tal papel por quem assim pretenda ser reconhecido.⁹

E, considerando o afeto como elemento essencial para a definição da perfilhação, cumpre destacar mais uma consequência da afetividade, qual seja a configuração do abandono afetivo.¹⁰

pelo Conselho da Justiça Federal, *in verbis*: “103 - Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”; “256 - Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

⁹ Em 14 de novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63, que “Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro ‘A’ e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida”, sendo que, em seu texto, restou consignado, expressamente, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como verdadeiro vínculo fático e jurídico de filiação e que, portanto, independe da via judicial para que haja a sua averbação junto ao registro civil de nascimento. Nesse sentido, destaca-se o disposto no art. 10, *in verbis*: “Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. § 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação. § 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil. § 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes. § 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido”.

¹⁰ A possibilidade de o filho pleitear indenização por dano extrapatrimonial decorrente de abandono afetivo pelos pais restou reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Civil

Deveras, o afeto, que reflete o fundamento da interação entre as pessoas, impõe aos pais um plexo de deveres jurídicos, que se consubstanciam nas noções de convívio, cuidado, criação e educação dos filhos, questões estas que envolvem, por consequência, a necessária e efetiva atribuição de atenção, bem como o acompanhamento do desenvolvimento sociopsicológico da prole. Dessa forma, a atribuição da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial ao genitor que, culposamente, frustra verdadeiros deveres jurídicos existentes perante seus filhos, tem por objetivo reprimir tais condutas do meio social — reafirmando a importância do papel paterno/materno para o desenvolvimento da pessoa — e, principalmente, visa tutelar os direitos da personalidade — e, portanto, direitos fundamentais — dos filhos.¹¹

e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. - 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia — de cuidado — importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes — por demandarem revolvimento de matéria fática — não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido” (REsp 1159242/SP, Rel.^a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 24/4/2012, DJe de 10/5/2012).

¹¹ Nesse sentido, destaca-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Civil direito de família. Responsabilidade civil subjetiva. Genitor. Ato ilícito. Dever jurídico inexistente. Abandono afetivo. Indenização por danos morais. - 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, § 3º, V). 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Pre-

Do mesmo modo, o abandono afetivo também se configura na hipótese em que os filhos maiores deixam de prestar a devida assistência e atenção aos seus genitores já idosos, conduta esta que, além de consistir em verdadeira atuação moralmente condenável, representa grave ofensa a dever jurídico, qual seja o da solidariedade familiar. Aliás, ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 229, prevê que incumbe aos filhos o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Assim, deve ser reconhecida a conduta ilícita praticada pelos filhos que, literalmente, abandonam seus pais, atribuindo-lhes, pois, a responsabilidade civil por dano extrapatrimonial, na medida em que a omissão daqueles impede que estes possam usufruir, ao final de suas vidas, de uma existência digna.¹²

4 Considerações finais

Diante do acima exposto, é possível concluir que, na sociedade atual, a determinação de uma relação como família não se vincula à sua conformação a um modelo legal ou mesmo doutrinário, mas sim apenas à presença do seu caráter eudemonista, ou seja, à sua orientação no sentido de permitir aos seus membros a busca pela felicidade individual, por meio da realização pessoal. Com efeito, por mais comple-

cedentes da 4ª Turma. 4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido” (STJ. REsp 1579021/RS, Rel.ª Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 19/10/2017, *DJe* de 29/11/2017).

¹² Quanto à responsabilidade civil por dano extrapatrimonial em caso de abandono afetivo dos filhos em relação aos pais idosos, destaca-se a existência do Projeto de Lei nº 4.294/08, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, o qual propõe a alteração do Código Civil e do Estatuto do Idoso para estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Ressalta-se que, em 13/4/2011, foi aprovado, por unanimidade, parecer favorável a referido Projeto de Lei pela Comissão de Seguridade Social e Família. Em 25/6/2015, foi suspensa a discussão junto à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, estando, desde a referida data, paralisada a sua tramitação (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 19 jan. 2019).

xas que sejam as formações familiares, é perfeitamente compreensível e exigível a atribuição de tutela e proteção pelo Estado a essas relações, com a finalidade de se permitir a comunhão plena de vida e interesses entre seus membros.

Portanto, a afetividade, como elemento basilar da formação e estruturação familiar, merece receber o reconhecimento de seu valor jurídico — verdadeiro princípio jurídico aplicado no âmbito do Direito das Famílias —, de modo a propiciar o entendimento de que, numa relação de mútuo afeto, não é possível identificar a família como núcleo patrimonial e reprodutivo, mas sim deve ser compreendida sob o viés socioafetivo, por ser o afeto matriz de várias e novas representações sociais, responsável por permitir aos seus membros o alcance da felicidade da vida em comum.

Referências

DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e a cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 301-308.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Desafios e perspectivas do Direito de Família no Brasil contemporâneo. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 423-443.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

LIRA, Ricardo César Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 25-46.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e a cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 89-107.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: FAMÍLIA e sucessões: relações de parentesco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 385-392. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV).

MARQUES, Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no Direito brasileiro atual: direito pós-moderno?. In: FAMÍLIA e sucessões: relações de parentesco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 333-360. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV).

PERLINGERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 47-69.

VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 71-86.

VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, p. 400-418, maio 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. In: FAMÍLIA e sucessões: relações de parentesco.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 413-454. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. IV).

“Cumpro realçar, finalmente, a colaboração direta do povo no processo político, não só através de centenas de propostas remetidas à Comissão de Sistematização, vindas até do exterior, como também pela ação de grupos variados até do exterior, como também pela ação de grupos variados de brasileiros, que atuavam diretamente: sindicatos, empresários, militares, professores, mulheres, índios e negros. Era estimulante e comovente sentir a mobilização direta do povo, desejoso de colaborar na obra de seus representantes.”

Afonso Arinos de Melo Franco

Constituinte mineiro, em discurso na sessão solene de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em 5 de outubro de 1988.



Comentários acerca dos fundamentos da nossa República após 30 anos de Constituição democrática

João Carneiro Duarte Neto

Juiz de Direito TJMG - Titular da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Manga; Juiz Eleitoral da 166ª Zona Eleitoral TRE/MG; Mestrando em Direito pela Faculdade Guanambi/BA e Pós-Graduado em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Eleitoral e Direito Processual Civil.

1 Introdução

A temática deste artigo gira em torno da situação crítica, pela qual passamos na atualidade, a exigir providências imediatas no sistema estrutural da República Federativa do Brasil. Os contornos de tal crise apontam para um total descrédito para com a política, seja no nível legislativo ou executivo, causando grande repúdio social à maneira como o país vem sendo conduzido. Ainda, algumas das principais críticas direcionadas ao Poder Judiciário também serão analisadas.

É patente que o quadro institucional contemporâneo aponta para a necessidade de alterações estruturais imediatamente, do contrário, colocar-se-ão em risco as próprias bases democráticas em que se sustenta o Estado brasileiro.

O enfrentamento da temática principal dar-se-á de forma sistêmico-funcional, analisando os comportamentos ordinários e implicacionais dos atores que operam as funcionalidades dos Poderes da República.

Reconhecendo a complexidade dos sistemas sociais, a comunicação e o funcionamento entre os Poderes, buscar-se-á identificar as influências intersistêmicas via irritações recíprocas, bem como fatores e atos de corrupção dos códigos. Com isso, investigar-se-á a existência de disfuncionalidades na tripartição dos Poderes no Brasil.

O regime democrático brasileiro, ainda que dotado de falhas e pontos fortes para serem reavaliados, precisa ser mantido para o bem da soberania popular. Em linhas gerais, chama-se de democrático considerar a vontade das maiorias, mantendo-se dignas as vontades daqueles que não estão no poder vigente.

A partir do que se observa nos sistemas eleitorais vigentes na democracia brasileira, percebem-se algumas falhas graves que precisam ser revistas e que ocasionam uma baixa representatividade da vontade popular, enfraquecem a discussão ideológica sobre política, além do desalinhamento partidário que agrava todo esse cenário.

Considerando o desiderato de estudar as problemáticas colocadas como fenômenos em si mesmos, a liberdade da rigidez do dogmatismo positivista moderno, temos que o método de abordagem da presente pesquisa deverá ser o *fenomenológico hermenêutico*. O recorte temporal e situacional da pesquisa é pós-Constituição Federal de 1988, e a pesquisa será de natureza documental e bibliográfica, sendo que os procedimentos a serem abordados terão caráter histórico-crítico de inspiração sistêmica.

2 Observações sistêmicas da tripartição dos Poderes

A inquietação inicial impulsionadora da presente pesquisa gira em torno do elevado grau de tensão existente entre os Poderes, tendo em vista que os mecanismos previstos na sistemática de freios

e contrapesos não estariam sendo manejados de maneira adequada, bem como se coloca em dúvida a eficiência de tais instrumentos.

A organização político-estatal pressupõe um mínimo de estabilidade, equilíbrio e dinâmica inter-relacional entre as estruturas dos Poderes que a integram. Qualquer cenário que vá de encontro a tais parâmetros será gerador de crise, tendo esta enorme potencial desestabilizador, pois o ataque será sobre os pressupostos básicos de sustentação da república democrática.

O sistema de governo presidencialista do Brasil é de complexa operacionalidade prática, pois pressupõe alianças políticas e formação de maiorias. Tais exigências se tornam ainda mais complexas em cenário de pluripartidarismo e representação proporcional.

Com esses elementos, pode-se afirmar que o funcionamento do sistema político brasileiro atual se encontra desequilibrado. Detectam-se invasões recíprocas e indevidas entre Executivo e Legislativo, alternância de momentos de submissão e controle de um Poder sobre o outro, bem como carreamento de decisões políticas para o Judiciário.

A função do Judiciário não deve ser concretizada utilizando-se do mesmo código do sistema político (código binário governo/oposição), sob pena de se transformar o Judiciário num terceiro turno de embates políticos. O sistema jurídico deve se manter íntegro e diligente quanto à manutenção do código binário lícito/ilícito como critério de decisão (LUHMANN, 2016).

Ademais, a crescente judicialização das questões sociais e ainda das decorrentes do próprio sistema político, a proibição do *non liquet* e a invasão de códigos alheios, bem como a constatação do crescimento do Poder Judiciário e de posturas ativistas, tornam possível o questionamento de que o sistema jurídico também estaria desequilibrado.

Entendendo a Constituição como acoplamento estrutural dos sistemas político e jurídico e tendo a finalidade de identificar corrupções sistêmicas, os fenômenos da judicialização da política, ativismo

judicial e politização do Judiciário devem ser devidamente diferenciados e contextualizados nesse cenário.

Nesse passo, indaga-se se as normas de separação de poderes e de freios e contrapesos, previstas na Constituição Federal de 1988, são aptas a permitir a devida e equilibrada funcionalidade dos Poderes da República.

Faz-se mister relembrar o texto do art. 2º da CRFB/88, que diz: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Com tal premissa, passamos a refletir se tais exigências — independência e harmonia — estão sendo cumpridas na operacionalidade do dia a dia real.

O alerta, mais forte do que nunca atualmente, de que a dinâmica de funcionamento dos três Poderes da República brasileira não apresenta a exigida harmonia e de que promove, reiteradamente, ataques de toda sorte às suas respectivas autonomias justifica, por si só, aprofundado e detido estudo sobre os elementos que circundam tal disfuncionalidade estrutural e sistêmica.

O sustentáculo da referida afirmação advém do desvelamento de práticas do sistema político que acarretam repulsa social e evidenciam a urgência de se estudar a viabilidade de um regime “presidencialista de coalizão” (ABRANCHES, 1988), inserido num sistema político-partidário de representação proporcional e pluripartidário.

Ora se observa o Executivo senhor do Legislativo, mediante trocas antirrepublicanas, ficando o segundo apenas como homologador das decisões de um superexecutivo, abandonando todas as demais funções, ora se constata o Executivo como vítima de um Legislativo voraz e sedento por poder, orçamento e cargos, não conseguindo aquele governar.

A disputa pelo poder, inerente ao sistema político, exige mecanismos de controle e estabilizadores que viabilizem um mínimo de eficiência, sob pena de o sistema político ficar envolto apenas em late-

ralidades e não haver enfrentamento das complexas questões da sociedade. Não se consegue uma estabilização somando forças, em prol da consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como exige o art. 3^a da CRFB/88.

Somando-se a isso, agora já no plano intersistêmico, constata-se a incapacidade dos atores para resolução de questões políticas, no seio do sistema político, e utilizando-se de critérios que lhe deveriam ser próprios. Melhor dizendo, constata-se uma intencional omissão política na implementação de direitos fundamentais (CAMPILONGO, 2002).

Ademais, na mesma senda, levando em conta o custo político diante da necessidade de se posicionar frente a temas sensíveis e complexos da sociedade, os agentes políticos mantêm-se, deliberadamente, omissos e/ou inertes. Tal comportamento é potencializado à medida que o Judiciário passa a funcionar como ator no sistema político, criando normas — espécie de ativismo judicial.

A disfuncionalidade do sistema político poderia até ser corrigida ou minimizada caso o sistema jurídico se mantivesse íntegro ao seu código comunicacional e resolutivo lícito/ilícito, o que não vem acontecendo. Postura minimalista defendida por Cass Sunstein em várias obras.

Tem-se um sistema jurídico corrompido, deixando-se invadir pelos códigos do sistema político, tornando-se incapaz de moderar os conflitos desse sistema, acarretando a derrota do direito pela política.

Com esse cenário conflitivo, o Poder Judiciário passou a representar uma peça fundamental no processo de densificação social das normas, visando à concretização de direitos carentes de políticas públicas (CARVALHO NETTO, 2003, p. 99 *apud* PEDRON, 2006).

Portanto, o Poder Judiciário terminou assumindo o destaque entre os demais Poderes, pois foi chamado a dar resposta diante das pretensões sociais não cumpridas pelo Estado. O fenômeno é explicado diante do direito fundamental à inafastabilidade do controle

jurisdicional aliado à impossibilidade de pronunciamento pelo Judiciário do *non liquet*.

Portanto, reconhece-se o desequilíbrio da tripartição dos Poderes, ressaltando a atual exacerbação do Judiciário, usurpando discussões e atraindo as mesmas mazelas do sistema político, que é gerido pela lógica de coalizões num código de governo/oposição. Logo, por ter os mesmos anseios e fraquezas dos demais Poderes, tende a se corromper operacionalmente.

No sentido de buscar a autonomia do direito frente à política, propõe-se processo de realocação funcional e reorganização dos Poderes, exortando a força dos fundamentos basilares do direito, quais sejam estudo do Poder e sua divisão funcional.

Fechando o quadro crítico sócio-político-econômico brasileiro, tem-se que o viés garantista da nossa Constituição, que carrega uma longa lista de direitos fundamentais em seu corpo, comprovando seu caráter pluralista, solidário e cidadão, termina por aguçar indiretamente um nível maior de acirramento entre os três Poderes, o que, por vezes, as técnicas de freios e contrapesos não são suficientes para aplacar.

Os direitos fundamentais sociais são dispendiosos e exigem boa parcela do orçamento fiscal. Assim, o Poder Executivo não consegue concretizar todos os direitos prestacionais reconhecidos na Constituição Federal, tendo como álibi a limitação da reserva do possível, defendendo-se pela regra do direito econômico da escassez de recursos frente à infinitude das demandas sociais.

O Poder Legislativo, dentro de um sistema de governo presidencialista de coalizão como o brasileiro, que, em si, já possui várias contradições, faz pender o Legislativo para o Executivo. Assim, o parlamento isenta-se, criando leis que o Executivo não terá condições de efetivar, ou permanece em mora, pois o exercício de inúmeros direitos sociais necessita de leis regulamentadoras.

Dessa forma, as demandas sociais acabam desaguando no Poder Judiciário, pois é tido como garantidor último das promessas do

constituente. Entretanto, não se pode pretender esvaziar os demais Poderes e transformar o Poder Judiciário num Superpoder, sob pena de destruirmos os alicerces do Estado Democrático de Direito.

Ingeborg Maus denuncia tal situação numa passagem do artigo “Judiciário como superego da sociedade”, no qual diz:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática (MAUS, 2000).

A grave distorção indicada, deixar em última instância ao Judiciário a decisão quanto às questões que deveriam limitar-se às searas política e econômica, ataca a base do Estado de Direito Democrático, pois desequilibra os ideais do princípio da separação dos Poderes e retira do titular do poder – o povo – a capacidade das decisões que lhe cabem, sendo que, por óbvio, os juízes não exercem cargos eletivos de representação popular.

3 Crise social, sistemas políticos e reforma política

As manifestações populares de rua de junho de 2013 e outras que se seguiram revelaram uma série de insatisfações que estavam latentes no seio social, situações que vinham sendo impostas à população de uma maneira vertical e não consultiva. Nesse sentido:

[...] é possível afirmar que estas manifestações que varreram o Brasil na última semana foram anunciadas por um conjunto de conflitos que ocorreram no país nos últimos 12 meses, a saber: as manifestações e as ações da sociedade civil contra a construção de Belo Monte; a forma antissocial como as principais obras para a Copa do Mundo estão sendo conduzidas com remoções

forçadas e ao arripio da lei em Belo Horizonte, no Rio de Janeiro, entre outras cidades; a repressão de diversas manifestações da juventude nas capitais e o assassinato de indígenas na desocupação de terras pela Polícia Militar no Estado do Mato Grosso do Sul (AVRITZER, 2013).

Tais reivindicações revelaram o cenário de crise no sistema político que se encontra em dissonância com aquilo que deveria representar as vontades populares da forma mais assertiva possível, conforme determinam os princípios de governos democráticos. A ausência ou enfraquecimento dessa ideologia descortina e potencializa uma série de outros problemas estruturais.

Acredita-se que reavaliar o sistema eleitoral vigente seja uma estratégia adequada e pertinente para reforçar a representatividade no governo. Como Barroso pontuou, “o sistema é caríssimo, o eleitor não sabe quem está elegendo e o debate público não é programático, mas personalizado” (BARROSO, 2015, p. 3). Essa configuração de sistema ganha uma conotação mais financeira do que ideológica quando se pensa que as ideias mais difundidas são as que tiveram maior poder de compra para inserção nos meios de comunicação do que propriamente as melhores e mais eficazes propostas voltadas para o atendimento das demandas sociais.

Nesse sentido, Gimenes discorre sobre o impacto do desalinhamento partidário, enfraquecido na sua função de preparar as lideranças políticas na sociedade: “As funções dos partidos junto aos eleitores dizem respeito à educação política, à mobilização para a participação e à criação de símbolos capazes de gerar identificação e fidelidade, de modo a simplificar o voto” (GIMENES, 2017, p. 21).

Ainda no intuito de tornar transparentes os procedimentos de escolha dos candidatos por meio do voto — os sistemas eleitorais —, à luz de Cerqueira e Cerqueira, pontua-se que ocorrem por três espécies básicas. A primeira delas denomina-se Sistema Majoritário, que determina que: “O candidato que possuir mais votos conseguirá a cadeira,

podendo haver um ou dois turnos para eleição” (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2012, p. 186). É o procedimento adotado para as eleições de presidente e vice; governador e vice; prefeito e vice; e também eleição para senadores, com a ressalva de que, para este último caso, “haverá apenas um turno, sendo o candidato eleito por maioria relativa” (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2012, p. 186).

O segundo sistema é denominado Sistema Proporcional, regras que são adotadas para as eleições aos cargos de deputados federais, distritais e estaduais; e ainda para os vereadores. Esse sistema pode se apresentar por meio de três listas, quais sejam:

Lista aberta: pode ser uninominal ou plurinominal (sistema adotado pelo Brasil) — em que o eleitor pode votar na legenda ou no candidato.

Lista fechada inflexível: na eleição de deputado e vereador, o eleitor só pode votar na legenda.

Lista fechada flexível: nas eleições, é permitido ao eleitor votar tanto na legenda quanto no candidato, alterando a sua posição na lista, pois o candidato que estiver em último lugar poderá, com sua votação, chegar em primeiro lugar (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2012, p. 187).

O terceiro sistema eleitoral é o de Distritos de Média Magnitude, também conhecido como “Distritão”. Ainda nas palavras de Cerqueira e Cerqueira:

Trata-se do sistema eleitoral por meio do qual o país é dividido em distritos de média magnitude, leia-se em regiões importantes do ponto de vista geográfico, econômico, social, político, cultural, ambiental, segurança nacional, fonte de energia, etc. Tais critérios, vindos de lei com auxílio do IBGE, devem fixar o número de 5 a 8 deputados por distrito, diminuindo o número de deputados (513) que atualmente compõe a Câmara dos Deputados. Nesse caso, os deputados federais defenderiam o país, já os estaduais seriam vereadores regionais (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2012, p. 187).

Ainda se pode falar num quarto e último sistema, ou desdobramento do anterior, o qual é nomeado por Sistema Distrital, podendo ser dito puro quando “dividem-se os Estados em distritos, com auxílio da Justiça Eleitoral e do IBGE. O deputado será votado no seu Estado, dentro, ainda, do seu distrito. [...] Desaparece o sistema proporcional, prevalecendo somente o majoritário” (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2012, p. 187). De outro lado, pode ser do tipo misto, também se admitindo o sistema majoritário e o proporcional.

Nesse contexto, insere-se a importância de manter vinculada ao sistema eleitoral e partidário vigente, principalmente a este último, a destreza de equilibrar os jogos eleitorais para que os manejos desse processo não percam essa essência predominantemente voltada para as demandas sociais.

Dessa forma, o mapa de conflitos ideológicos provoca uma complexidade e incompreensão que distanciam o eleitorado de todo o sistema que deveria representá-lo. Em torno de tais conflitos, primeiramente, enfatiza-se a fragilidade ideológica nos partidos que não conseguem mobilizar os cidadãos e aproximá-los das discussões essencialmente políticas, na obtenção coletiva de alternativas para a sociedade. Assim, conforme Arendt já havia cunhado: “A política baseia-se no fato da pluralidade dos homens, ela deve, portanto, organizar e regular o convívio de diferentes e não de iguais” (ARENDR, 2004, p. 3), sendo então de responsabilidade dos partidos políticos desenvolverem tais tarefas.

A fim de estabelecer um parâmetro daquilo que realmente se considera um regime democrático, levam-se em consideração seis instituições que configuram o modelo democrático (DAHALL, 2001, p. 99): I - funcionários eleitos; II - eleições livres, justas e frequentes; III - liberdade de expressão; IV - fonte de informação diversificada; V - autonomia para as associações; VI - cidadania in-

clusiva. Estes são critérios que se observam para validar a legitimidade e soberania do povo.

As definições trazidas por Dahal (2001) iluminam e contribuem para a construção de um conceito que se objetiva estabelecer como parâmetro para o que se compreende por democracia. Sustenta-se que, mesmo com falhas graves, o modelo democrático de governo ainda é o mais indicado, tido como uma meta que precisa ser pensada e buscada indeterminadamente. Ainda que de forma ideal, deve-se insistir na democracia para que haja a manutenção do equilíbrio entre as demandas apresentadas e superar seus próprios limites.

Outro parâmetro conceitual também fundamenta a discussão quando Boudon relaciona o conceito de democracia ao método de organização, sob a prerrogativa de sistematizar um pensamento, como um regime político. Construção que possibilita a vivência e experimentação de ideologias políticas. Vejamos suas palavras:

Como cada um é senhor de obedecer ou de não obedecer, cada qual só obedece se julgar vantajoso fazê-lo. A democracia é, por tal facto, uma sociedade de responsabilidade limitada, em que cada um entra para atingir certos fins. Esses fins são de duas ordens. Uns são próprios dos indivíduos ou dos grupos intermédios (famílias, empresas, clubes, Igrejas), outros são comuns a todos. Os fins próprios são interesses particulares (BOUDON, 1990, p. 43).

Há um elemento pertinente nesse conceito. Existem interesses envolvidos na democracia e também existe uma sedução que atrai os indivíduos para a obediência dessas noções democráticas. Afinal, pouco provável que alguém abra mão de seus interesses individuais em virtude de um projeto que não seja persuasivo e sem sedução.

Enfatiza-se então que os interesses em questão podem apresentar-se em vetores opostos, mas os interesses coletivos em foco

acabam convergindo de alguma forma. Este é um exercício essencial na esfera legislativa e o cumprimento dialético de normatizar os modos de vida.

Contudo, ressalta-se que a participação como um preceito fundamental na esfera política é uma conquista garantida pela Constituição Federal de 1988, através das possibilidades de representação e das possibilidades de participação direta, por meio do voto. Enfim, a democracia visa manter distanciar com veemência as práticas opressoras e fechadas do regime de Estado ditatorial, já experimentadas pela população brasileira, em especial durante o governo militar de 1964 até nossa atual Constituição de 1988.

Considerando os sistemas eleitorais apresentados por Cerqueira e Cerqueira, Barroso faz um diagnóstico que apresenta um aprimoramento por meio do voto em lista aberta, e então se reitera que:

Uma variante do sistema de eleição proporcional [...] no qual as vagas conquistadas pelo partido ou coligação partidária são ocupadas por seus candidatos mais votados, até o número de cadeiras destinadas à agremiação. A votação de cada candidato pelo eleitor é o que determina, portanto, sua posição na lista de preferência. É um sistema adotado no Brasil e na Finlândia (BARROSO, 2015).

Desse modo, essa uniformidade na distribuição dos votos em todo o país resolve o problema da transferência de votos, mas não alcança outros dois aspectos também importantes para se repensar o sistema eleitoral. Conforme observa Barroso (2015), essa composição “não barateia a eleição nem aproxima o eleitor de seu representante”.

O caminho de assertividade nesse processo se dá a partir da reinvenção dos partidos políticos como patronos impulsionadores, responsáveis pela compreensão que o eleitor possui do jogo político, para que então se sinta representado pela clareza da ideologia de seus partidos, numa relação empática e produtiva.

Um ponto de tensão também diagnosticado por Barroso (2015) se dá na disseminação de legendas partidárias que pouco diferem entre si e não significam pluralidade de escolha para a representação política — uma situação que se agrava ainda mais quando tais partidos fazem coligações imensas entre si.

Como construir um governo que legitime a soberania popular e consiga equilibrar o emaranhado de vontades que estão permeadas nos distintos grupos da sociedade? O caminho de respostas para esse questionamento se dá por meio de detalhes que, uma vez respeitados, podem aperfeiçoar as concepções ideológicas da vida numa sociedade democrática e diminuir os pontos conflitantes do problema apresentado.

O pontapé inicial para um caminho alternativo se dá por meio do reforço das ideologias partidárias, que, uma vez restauradas, possam engajar os sujeitos a partir de suas propostas para o governo, e não mais representações estritamente personificadas, tendenciosas ao erro.

O campo das ideias e dos eruditos emocionados é bastante presente no cenário político. A máxima de que as coisas funcionam apenas no papel é repassada como predicado de alguns comentários sobre política, o que em nada ajuda; apenas se cria um clima de que é impossível aprimorar nossa democracia.

Após essa restauração da relação eleitor-partido político, a alternativa do voto distrital misto proposta por Barroso (2015) é bastante válida: “metade das cadeiras preenchidas com voto majoritário no distrito e a outra metade de acordo com a votação proporcional do partido”, o que reforçaria a legitimidade e aumentaria o alcance da representatividade no sistema eleitoral.

Tal processo tornaria o sistema mais barato e, com isso, colocasse em perspectiva retirar a centralidade dos custos que as campanhas demandam, sendo então possível a propagação de campanhas cen-

tradas na ideologia, no discurso propriamente democrático e menos como um jogo estritamente financeiro e personalizado.

O Brasil encontra-se numa situação letárgica de inconsciência, de não percepção do que acontece na realidade social, situação esta que inviabiliza a própria evolução da sociedade, pois não se pode superar crises/problemas se estes não são adequadamente percebidos e compreendidos. É como se os brasileiros vivessem num constante estado de “pós-verdade”.

Tal fato foi provado por pesquisa realizada entre setembro e novembro de 2016 pelo instituto Ipsos Mori intitulada “Os perigos da percepção”. A pesquisa revelou quão equivocadas as pessoas estão a respeito da própria realidade em que vivem. Na maioria dos países, os pesquisados mostraram-se dissociados do pensamento médio de seus concidadãos em questões centrais como religião, aborto, homossexualidade, felicidade e distribuição de renda.

As discrepâncias entre percepção e realidade foram tais que levaram o instituto a criar o ‘Índice Ipsos de Ignorância’. A partir de cinco questões amparadas por dados factuais, o Ipsos Mori avaliou quão acuradas eram as percepções dos pesquisados nos 40 países. Destes, *o Brasil ocupa a sexta posição no ranking das nações mais ignorantes, ou seja, onde a percepção dos cidadãos é bastante dissociada da realidade*. O País perde apenas para os Estados Unidos, África do Sul, Taiwan, China e Índia. Em posição oposta, Malásia, República Checa, Coreia do Sul, Grã-Bretanha e Holanda são os países onde se observam as menores variações percentuais entre percepção e realidade (INSTITUTO IPSOS MORI, 2017, grifos nossos).

Assim, caso superada a ignorância quanto ao que realmente está acontecendo no país, aí sim se poderia pensar em soluções para os casos ora delineados. A ignorância ou a percepção equivocada da realidade são fatores impeditivos ou de distorção na busca por saídas viáveis para as crises que assolam a sociedade, independentemente da área.

4 Conclusões

A presente pesquisa mostrou a existência e gravidade da crise pela qual o Brasil passa, abrangendo todos os Poderes da República. A profunda insatisfação popular demonstra o processo de saída do estado de ignorância, o qual é pressuposto para qualquer atitude de enfrentamento e superação de crises estruturais.

O Estado, para cumprir os misteres para os quais foi pensado, necessita que as instituições que o compõem sejam fortes, autônomas e concatenadas umas com as outras. A organização político-administrativa constitucionalmente regulada pressupõe estabilidade política entre os três Poderes, mecanismos jurídicos acessíveis para correção de ilegalidades e/ou abusos, bem como consciência e participação popular.

Também se pode concluir que o desejado funcionamento independente e harmônico entre os três Poderes da República está em processo crítico, tendo em vista a escusa, descrédito social e ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo. Sobressai-se o Poder Judiciário como garantidor das promessas do constituinte, porém termina por potencializar o desequilíbrio da tripartição dos Poderes quando adota posturas invasivas aos demais Poderes.

Com os levantamentos que foram feitos, é sumariamente importante apontar a discussão para uma reforma do sistema eleitoral. Torna-se possível pensar em algumas alternativas que minimizem os conflitos que envolvem o sistema político brasileiro, bem como aprimorar o paradigma da representatividade que o assola. Assim, urge a realização de reforma no campo político em que se revisitem seus fundamentos constitucionais e proporcione um retorno às concepções elementares que configuram um sistema democrático, ou seja, representar grupos e tornar viável a consecução de direitos fundamentais em prol de todos.

Referências

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Carbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

ARENDT, Hannah. *O que é política?* Trad. Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

AVRITZER, Leonardo. O que as manifestações no Brasil nos dizem? 2013. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-que-as-manifestacoes-no-brasil-nos-dizem-1313.html>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Reforma política no Brasil: os consensos possíveis e o caminho do meio*. 2015. Disponível em: <<http://www.luis-robertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/reforma-politica-portugues.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

BOUDON, Raymund. *Dicionário de sociologia*. Trad. António J. Pinto Ribeiro. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAHAL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

GIMENES, Eder Rodrigo. *Eleitores e partidos políticos na América Latina*. Curitiba: Appris, 2017.

INSTITUTO IPSOS MORI. Os perigos da percepção. 2017. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,os-perigos-da-percepcao,70001687182>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger; trad. das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, CEBRAP, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

PEDRON, Flávio Quinaud. Um olhar reconstrutivo da modernidade e da “crise do Judiciário”: a diminuição de recursos é mesmo uma solução? *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 217-239, jul./dez. 2006.

*“ A Constituição certamente não é perfeita.
Ela própria o confessa ao admitir a reforma.
Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim.
Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. ”*

Ulysses Guimarães

Presidente da Assembleia Nacional Constituinte,
em discurso aos integrantes da Constituinte,
em 5 de outubro de 1988.



Trinta anos da Constituição Cidadã: direitos dos indígenas

José Afrânio Vilela

Desembargador, 1º Vice-Presidente do TJMG.

1 Introito

A Constituição de 1988, conhecida como cidadã, é um marco na conquista de direitos e garantias de diversas ordens.

Minha saudosa avó materna, Antônia de São José, natural de Ibiá/MG, falecida aos 112 anos de nascimento e 106 de registro, era filha de índia domesticada, nascida em fazenda de espanhóis.

É esta a principal razão do meu interesse no tema do presente estudo, que tem por objetivo analisar a evolução dos direitos relativos aos povos indígenas, os quais receberam especial atenção do constituinte originário.

2 Colonização: o marco da aculturação dos povos indígenas

Desde a chegada dos portugueses até o advento da nova ordem constitucional brasileira, os povos nativos passaram por intensos processos de aculturação, a começar pela catequização, que tinha por objetivo a conquista e o domínio do território recém-descoberto. Sobre a questão, resume Maria Leônia Chaves de Resende:

Do ponto de vista da história dos povos indígenas, somos levados a pensar que, nesse universo cultural das colônias — ambivalente, contraditório e híbrido —, implodiram visões dicotômicas ambivalentes sobre os índios. Sobre eles, penderam juízos de valor ora reputados como ‘primitivos’, ora como ‘civilizados’, indicando justamente a maleabilidade de identidades também reconstruídas no convívio com a sociedade colonial e que foram traduzidas nesse discurso maniqueísta. Talvez, o que seja mais perverso é que aqueles índios que ‘transitaram’ do mundo tradicional ao mundo colonial, quando foram lembrados, o foram por esse discurso que, vigoroso e contundente, enraizou-se como memória — seja interpretando essas histórias de vida como sintoma de ‘mansidão’, como o Pe. Pedro da Mota que encarnou a metonímia da ‘aculturação’ pela incorporação dos valores cristãos — seja pela ‘selvageria’ indígena, que o converteu em epíteto da exclusão por ter renegado o ofício do sacerdócio ao se embrenhar pelas matas. Mansidão e selvageria que os historiadores, muitas vezes, se incumbiram de perpetuar, deixando de reconhecer o dilema da experiência cultural daqueles homens divididos entre o seu velho e aquele novo mundo (RESENDE, 2017).

Não se olvida a existência de atos normativos que, ainda no período colonial, conferiam aos índios o direito de propriedade, por exemplo, a Carta Régia promulgada por Felipe III, em 10 de setembro de 1611, de onde se extrai:

E os ditos Gentios serão senhores de suas fazendas nas povoações, assim como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia, ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das Capitánias e logares, que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quizerem fazer (FELIPE III *apud* CUNHA, 1987, p. 58).

Todavia, os referidos atos normativos não encontravam ressonância fática, uma vez que o trabalho compulsório, a catequização e a ocupação de terras indígenas eram legitimados pelas chamadas guerras justas.

Foi neste cenário de guerra, assimilação e doenças trazidas do continente europeu que diversos povos indígenas foram extintos. Estima-se que em 1500 havia três milhões de índios no território brasileiro. Já em 2010, o IBGE contabilizou 817.962 índios, sendo que 315.180 habitavam zonas urbanas.

O paradigma da aculturação só foi quebrado com a promulgação da Constituição da República de 1988, que reconheceu a diversidade das identidades étnicas existentes no território nacional.

3 As questões indígenas à luz das primeiras constituições brasileiras

Desde sua emancipação política de Portugal, o Brasil contou com sete constituições. A primeira foi promulgada em 1824, seguida pelas constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Essas Cartas conviveram com momentos importantes de nossa história, inclusive dois longos períodos de ditadura e crises de ordens diversas.

A Constituição de 1934 foi a primeira a abordar questões indígenas. Dedicou dois de seus cento e oitenta e sete artigos para fixar a competência da União para legislar sobre a incorporação dos indígenas à comunhão nacional (art. 5º, inciso XIX, *m*, da CR/34) e resguardar a posse de suas terras (art. 129, da CR/34), *in verbis*:

Art. 5º Compete privativamente à União:

[...]

XIX - legislar sobre:

[...]

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

[...]

Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que ne-

las se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Os referidos dispositivos foram repetidos nas constituições de 1937 e 1946. A Carta Magna de 1967, por sua vez, reconheceu o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais das terras indígenas. E, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, foi declarada a nulidade e a extinção dos negócios jurídicos que tinham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação dessas terras. Confira-se:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Nota-se, portanto, que as constituições anteriores dedicaram nenhuma ou pouquíssima atenção aos povos indígenas, quando se limitavam a dispor sobre a posse das terras por eles ocupadas e a integração desses povos ao restante da sociedade. A legislação infraconstitucional que versa sobre questões indígenas, à época, tinha o mesmo caráter integracionista. É o caso do Estatuto do Índio, instituído pela Lei nº 6.001 de 1973, com o objetivo de regular “*a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional*” (art. 1º, *caput*). Todavia, como se verá adiante, políticas com este caráter não foram recepcionadas pela atual ordem constitucional.

4 A Constituição cidadã e os direitos indígenas

A Constituição da República de 1988 é resultado da efetiva participação de diversos grupos sociais em sua construção. A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em fevereiro de 1987 e durou vinte meses, em que realizados intensos debates no âmbito das vinte e quatro subcomissões temáticas que foram criadas. As questões indígenas, destaques do presente trabalho, foram amplamente discutidas na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, a qual integrava a Comissão da Ordem Social.

Evidentemente, os grupos indígenas tinham demandas específicas em razão de diferenças culturais e históricas. No entanto, convergiam em diversos aspectos, anota Carlos Augusto Valle Evangelista:

Durante as audiências destinadas à questão indígena, algumas das instituições/representantes apresentaram ou reforçaram propostas encaminhadas anteriormente. Os grupos indígenas, mesmo quando trazendo propostas em separado, mostraram uma convergência nos destaques e nos principais pontos abordados e reivindicados. Dentre eles, se destacam pela incidência nas várias propostas: o reconhecimento da posse da terra, a demarcação, o usufruto das riquezas naturais e do subsolo, a inalienabilidade das terras indígenas, as invasões, preservação ambiental, o reconhecimento da formação pluriétnica da nação, o reconhecimento da língua indígena como instrumento da educação, a extensão dos direitos políticos (EVANGELISTA, 2004).

A Constituição da República de 1988 dedicou um capítulo composto pelos arts. 231 e 232 para tratar dos índios. No entanto, é o próprio art. 5º que, ao enunciar a igualdade, reconhece a plena capacidade civil e jurídica destes, os quais, até então, eram tidos como relativamente incapazes e recebiam tutela específica estatal enquanto ‘desintegrados da comunhão nacional’. A partir daí, os índios são livres para serem quem são: índios, sem que isso inviabilize o exercício

de outros direitos assegurados, também, ao restante da população, por exemplo, o direito de votar e ser votado.

A carta maior reconheceu a diversidade cultural existente em seu território, abandonando, destarte, o caráter integracionista que preponderava nos regimes anteriores e implicava a perda das identidades étnicas dos povos indígenas. Neste aspecto, o *caput* do art. 231 é categórico ao estabelecer, *in verbis*:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Portanto, todas as normas que distinguiam o índio do restante da população não foram recepcionadas pela Carta Magna. A propósito, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 169, de 2016, que dispõe sobre o novo estatuto dos povos indígenas à luz das inovações trazidas pela Constituição da República de 1988.

Agora, os índios, suas organizações e entidades têm legitimidade para ingressar em juízo em busca de seus interesses, tutelados anteriormente pela Fundação Nacional do Índio - Funai, instituída pela Lei nº 5.371, de 1967, em substituição ao Serviço de Proteção aos Índios - SPI. Atualmente, a atuação da Funai está pautada em ações de etnodesenvolvimento, conservação e recuperação do meio ambiente em terras indígenas e promoção de políticas voltadas à seguridade social e educação desses povos.

Vale registrar que a Lei nº 9.394 de 1996, que estabelece as diretrizes e bases para a educação nacional, prevê em seu art. 79 a criação de programas de ensino e pesquisa que ofereçam aos povos indígenas a valorização de suas línguas e ciências, bem como o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias.

Outra garantia expressa na Carta Maior é o direito de posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, assim

entendidas como aquelas habitadas por eles em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais, bem como aquelas necessárias à reprodução física e cultural desses povos.

Trata-se de terras inalienáveis e indisponíveis, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas naturais nelas existentes. A remoção dos grupos indígenas pode ocorrer apenas em situações excepcionais, quais sejam: (A) catástrofe, (B) epidemia que apresente risco à população, (C) interesse da soberania do País. Nas duas primeiras situações, é necessária a posterior aprovação do Congresso Nacional, na última, a deliberação pelo Congresso é prévia, mas, em qualquer delas, é assegurado o retorno imediato dos povos, quando cessado o risco.

O constituinte previu, ainda, que o aproveitamento de recursos hídricos, a pesquisa e a exploração de riquezas minerais nas terras indígenas só podem ser realizados mediante autorização do Congresso Nacional e oitiva das comunidades afetadas. Os atos cujo objeto seja a ocupação, domínio, posse das terras ou exploração dos recursos naturais existentes são nulos de pleno direito, à exceção daqueles em que houver relevante interesse público da União.

Com efeito, as terras indígenas são de propriedade da União, competindo a ela demarcá-las e protegê-las. No art. 67 das disposições transitórias, fixou-se o prazo de cinco anos, a partir da promulgação da Constituição da República, para a conclusão do procedimento administrativo de demarcação, prazo este que não foi cumprido.

Atualmente, encontram-se demarcadas 462 terras indígenas, as quais representam 12,2% do território nacional, sendo que a maioria delas está localizada na Amazônia Legal, entre elas, a terra indígena Raposa Serra do Sol, destinada à posse permanente dos grupos indígenas ingaricós, macuxis, patamonas, taurepangues e uapixanas.

A terra Raposa foi identificada pela Funai em 1993. No entanto, a homologação do processo de demarcação ocorreu somente em

2005. Em 2009, o Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, julgou a importante Petição nº 3.388 - RR, ação popular que visava a declaração de nulidade da Portaria nº 534, de 2005, pela qual foram definidos os limites da Terra Raposa do Sol. Confira-se o verbete:

Ação popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei nº 6.001/73 e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e legalidade da Portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, assim como do Decreto Presidencial homologatório. Reconhecimento da condição indígena da área demarcada, em sua totalidade. Modelo contínuo de demarcação. Constitucionalidade. Revelação do regime constitucional de demarcação das terras indígenas. A Constituição Federal como estatuto jurídico da causa indígena. A demarcação das terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraterno. Inclusão comunitária pela via da identidade étnica. Voto do Relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-*visa* do Ministro Menezes Direito e deslocadas para a parte dispositiva da decisão.

Na oportunidade, o Pretório Excelso analisou as condições necessárias para regular a situação dos territórios da União ocupados por índios e garantir a soberania nacional sobre as terras demarcadas. Ao final, foram fixadas 19 salvaguardas institucionais relativas à demarcação de terras indígenas. São elas:

1 - O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o art. 231 (§ 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamen-

to de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei. 4 - O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 6 - A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7 - O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8 - O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes; 11 - Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12 - O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não

pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13 - A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocados a serviço do público, quer tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena; 15 - É vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no art. 49, XVI, e 231, § 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17 - É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18 - Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis. 19 - É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

Posteriormente, a Advocacia Geral da União - AGU, editou a Portaria nº 303 de 2012, que dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, visando uniformizar os procedimentos adotados pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta.

Dentre as condicionantes fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, merecem destaque aquelas relativas ao usufruto das riquezas e recursos existentes nas terras indígenas. Há que se conceber a ideia de que o desenvolvimento do País, assim como as políticas sobre terras indígenas, devem ocorrer de forma harmônica, pois somente assim se alcançará o ideal de uma nação plural.

5 Considerações finais

Pode-se dizer que a Constituição Cidadã representa uma grande conquista para o movimento indígena no Brasil, porque a luta desses povos, embora diretamente ligada às suas terras, sempre foi mais ampla e esteve atrelada, sobretudo, à preservação de sua cultura.

No entanto, se outrora o reconhecimento da personalidade civil e jurídica dos índios decorria de um processo de aculturação, hoje o grande desafio é resgatar essas identidades que se perderam nesse processo, pois a previsão constitucional *per se* não assegura a aplicabilidade dos respectivos direitos.

Para tanto, incumbe ao Poder Público promover políticas públicas que viabilizem a efetivação plena dos direitos assegurados, e aos demais atores da sociedade combater o racismo — em todas as suas formas — o qual, até os dias atuais, segrega e mata (muitas) minorias.

Registra-se que, apesar dos grandes avanços trazidos pela atual Constituição, e sendo ela uma Carta relativamente nova, já se discute a (des)necessidade de uma nova constituinte.

Há quem defenda que o sistema político existente exige a convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte e outros que acreditam que a Carta Maior compreende princípios e valores necessários à ordem nacional. Mesmo que esta seja admitida, há de conservar os direitos aqui expostos, frutos de quinhentos anos de luta pela causa indígena.

Referências

BRASIL. Advocacia Geral da União. Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012. Salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/596939>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *30 anos da Constituição*. Infográficos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6001-19-dezembro-1973-376325-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emenda-constitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular: Petição 3388 - Roraima. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. *DJ* de 01 set. 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário mantém condições fixadas no caso Raposa Serra do Sol. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=251738>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>>. Acesso em: 20 set. 2018.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

EVANGELISTA, Carlos Augusto do Valle. *Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988*. 2004. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

RESENDE, Maria Leônia Chaves de. Curas de almas nativas: o clero indígena na América Portuguesa (século XVIII). In: RAGGI, Giuseppina; FIGUEIRÔA-REGO, João; STUMPF, Roberta (Org.). *Salvador da Bahia: interações entre América e África*. Salvador-Lisboa: EDUFBA-CHAM, 2017. p. 161-191.

“ O processo constituinte foi um momento claro do poder de mobilização da sociedade em torno de questões de direitos sociais, interesses coletivos, de participação nas decisões políticas do país e participação institucionalizada. ”

Benedita da Silva

Deputada Federal integrante da Constituinte, em artigo em comemoração aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.



Musical notation for the song "Pátria amada, Brasil!". The notation is presented on three staves. The top staff shows a treble clef, a key signature of one flat (B-flat), and a common time signature (C). The middle staff contains the lyrics: *Pá - tria a - ma - da, Bra - sil!*. The bottom staff shows musical notes corresponding to the lyrics.

Contraditório fundamental: autoridade estrutural da coisa julgada

José Marcos Rodrigues Vieira

Desembargador do TJMG;
Professor Titular de Direito Processual Civil da FDUFG.

1 Introdução

A garantia de fundamentação das decisões judiciais, conquista democrática inserida no texto da Constituição de 1988, aperfeiçoou-se sob o CPC de 2015.

Longo percurso foi necessário durante a vigência da Constituição Federal, para que, por sua vez, o texto do Código de Processo Civil ganhasse disciplina compatível com as exigências do processo justo, tendo avançado consideravelmente em relação ao Código de Processo Civil de 1973.

Registra-se que o Código de Processo Civil revogado, em seu art. 458, disciplinou a fundamentação das decisões judiciais, ao dizer que o juiz “analisará” as questões de fato e de direito. Havia, no CPC de 1973, é verdade, no art. 165, permissão para fundamentação concisa das decisões interlocutórias – certo desvio, como se, nelas, não se recomendasse a mesma “análise” das questões. De qualquer forma, antecipando-se ao futuro Código, impunha “fundamentação analítica”. Fundamentação concisa (quando permitida para as decisões interlocutórias e despachos) não significaria (ou não deveria significar)

apenas a síntese, dada a vinculação com o relatório, a exigir o exame tese-antítese.

Nota-se que o Código de Processo Civil de 1973 já fora bastante superior ao de 1939, no tocante ao referido tema da fundamentação sentencial, já que este apenas continha a exigência de alusão aos fundamentos de fato e de direito (art. 280, II) e — dizia melhor quanto à apreciação da prova — às circunstâncias que motivaram o convencimento (art. 118, parágrafo único).

Convém assinalar que, sob o CPC de 1939, Mário Guimarães (1958, p. 280) já estendia a regra do parágrafo único do art. 118 às sentenças e aos despachos, e indistintamente, quer quanto à matéria de direito, quer quanto à de fato. Notável, também recomendava ao juiz, quanto aos despachos, “fundamentar aqueles em que se tenha levantado ou venha o juiz a levantar alguma dúvida” (GUIMARÃES, 1958, p. 280). Surpreendemos, aí, a antevisão da regra do art. 10 do CPC vigente, imprescindível ao processo cooperativo, ora inaugurado.

E, é claro, no CPC vigente, da articulação com o saneamento em cooperação (do art. 357, sobretudo o § 3º), o dever de fundamentação das decisões judiciais supõe correta e precisa fixação dos pontos controvertidos (vale dizer, das questões).

A descoberta da tese e da antítese se dá a partir de proposições a elas superiores, diretamente formuladas pelas partes em seu esforço argumentativo. Corresponde ao trabalho de fixação das questões complexas de fato ou de direito, a que se refere o art. 357, § 3º, do CPC de 2015, a última evolução da lei processual, quando desdobrada ao máximo a garantia constitucional da fundamentação. A rigor, a fixação dos argumentos relevantes, por reciprocamente excludentes.

2 Fixação dos argumentos

Recorde-se que, segundo Carlos Maximiliano, arrimado a Cooley, “quando a Constituição prescreve dever, franqueia também,

implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o cumprimento” (MAXIMILIANO, 1979, p. 312).

Eis, portanto, a dimensão a que chega a lei processual. Traduzindo a vontade do constituinte, impõe a metodologia de análise de texto, desde as figuras de retórica utilizadas, seguidas de identificação do verdadeiro relevo a se atribuir às narrativas, para permitir a fixação dos fatos jurídicos, destacados dos fatos simples. E daqueles, a ponderação entre os argumentos jurídicos.

Forçoso é dizer que o CPC de 2015 impõe ao juiz muito mais do que o CPC de 1973 — ainda que ambos vinculados à mesma Constituição — por uma razão evidente: o de 1973, por ela recepcionado; o de 2015, moldado ao texto constitucional processual.

Reside precisamente na depuração do sentido e alcance da garantia constitucional a evolução do tratamento legal e jurisprudencial da fundamentação de decisões jurisdicionais, em 30 anos de vigência da Constituição brasileira de 1988.

Não é nosso trabalho, porém (por menos significativo e de menor proveito), assinalar figuras de desvios de fundamentação, de fundamentação nenhuma, de fundamentação deficiente, de fundamentação aparente, de fundamentação carregada de subjetivismo ou, às vezes, prepotente e teratológica. Trata-se de aspecto exaustivamente abordado no labor da advocacia, quer em peças processuais, quer em trabalhos de doutrina produzidos sobre a experiência dos casos (DIAS, 2006, p. 567-576).

Sobre tais desvios, contenta-nos observar que o CPC vigente sepultou, sob disciplina da técnica processual, vícios atávicos de fundamentação e de não fundamentação. Fê-lo mediante proposições negativas: se bem o legislador não pudesse ter dito como fundamentar, pôde declinar o como não fundamentar, o como não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão. A regra do art. 489, § 1º, do

CPC de 2015, regra de técnica de fundamentação sentencial, não feriu nenhuma prerrogativa do juiz, atenta ao livre convencimento motivado ou persuasão racional do julgador.

Revivendo o CPC de 1939, deslocou para a apreciação da prova o extremo da referida técnica, quando determina ao juiz indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento (como o já acima citado parágrafo único do art. 118 do CPC de 1939): “o juiz apreciará a prova dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido” (art. 371 do CPC de 2015). Ao que se faz subjacente: analisará as alegações, independentemente do sujeito que as tiver produzido — porque a prova fixa a alegação. Não se examina a prova, sem se considerar a alegação.

Eis a concretude empírica do julgamento, que não é um parecer, não é uma tese, não se esgota no confronto das argumentações, ainda que muito daí extraia, a exigir, porém, confirmação.

Aliás, por diferentes ângulos — antes de sua explicitação legislativa — já se viera consagrando a técnica processual de fundamentação, nas (muitas) soluções jurisprudenciais de interpretação (adequada) do CPC revogado, a exemplo de arestos que exatamente realizaram a exigência do art. 93, IX, da Constituição da República.

Assim, sobre a exigência hoje estabelecida no inciso I do § 1º do art. 489 do CPC de 2015, jurisprudência ainda aplicável do CPC revogado: “É nula a decisão inteiramente divorciada da matéria a ser julgada” (*RSTJ* 134/62).

Sobre a exigência hoje estabelecida no inciso II do referido § 1º: “É nulo o acórdão que, por não examinar claramente as questões envolvidas na lide, gera perplexidades” (STJ – 1ª T., REsp 12.174-0-RJ, Rel. Min. Gomes de Barros, j. em 15/3/93, v.u., *DJU* de 12/4/93, p. 6.053).

E quanto à exigência atualmente estabelecida no inciso III do referido § 1º:

Exigindo a lei apresente o apelante as razões por que pretende a reforma da sentença, a isso corresponde o dever do Tribunal de esclarecer os motivos que o levam a confirmá-la. Insuficiência da afirmação, traduzida na fórmula de que a sentença é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, salvo se o apelante se limita a repisar argumentos já examinados pela sentença, sem atacar os motivos que levaram o juiz a recusá-los (STJ - 3ª T., REsp 8.416-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 20/8/91, v.u., *DJU* de 9/9/91, p. 12.197).

Sobre o que seria, hoje, o inciso IV do referido § 1º:

Diante da existência de argumentos diversos e capazes, cada qual, de imprimir determinada solução à demanda, não há que se considerar suficiente a motivação que, assentada em um deles, silencie acerca dos demais, reputando-se automaticamente excluídos. Ora, em casos que tais, em contraposição ao direito das partes a uma prestação jurisdicional satisfatória, encontra-se o dever do julgador de explicitar as razões utilizadas para determinar a prevalência de um argumento em detrimento dos outros (STJ - 4ª T., REsp 908.282, Min. Jorge Scartezini, j. em 15/2/17, *DJU* de 16/4/17).

E sobre o que seriam, hoje, os incisos V e VI do referido § 1º: “Nulo é o acórdão que se limita a reportar aos fundamentos de outros não trazidos aos autos” (STJ - 4ª T., REsp 82.116-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr, j. em 10/10/2000, *DJU* de 4/12/2000, p. 70).

A ninguém estranha, pois, que a técnica de fundamentação tenha sido legislada. O Direito Processual Civil contém predominantemente normas técnicas. Dir-se-ia que, atuando ao lado da *norma agendi* (o direito material), o processo é *norma facienda*.¹

¹ Há uma obra lapidar a demonstrá-lo, do Professor Aroldo Plínio Gonçalves - *Técnica processual e teoria do processo*, Rio de Janeiro: Aide, 1992, *passim*, em que se vê que a ciência do direito processual é como uma teoria da técnica jurídica.

Os dois últimos Códigos de Processo Civil brasileiros pertencem à vigência trintenária da Constituição da República de 1988. E o de 1973 foi recepcionado, evidentemente, por compatibilidade com o texto maior, a se confirmar por jurisprudência como a anteriormente coligida. O Código de Processo Civil vigente vem traduzir em dispositivos de lei ordinária a garantia constitucional do art. 93, IX, e descreve os meios para a sua atuação — no que o direito brasileiro toma a pulso a tarefa de eliminar as decisões implícitas.

Confirma-se a evolução da prática constitucional com a jurisprudência que já se assinala sob o novo CPC, acerca dos quatro incisos do § 1º do art. 489 do CPC de 2015, além dos incisos V e VI, que, atendendo a novos institutos, realizam a mesma técnica de fundamentação — todos sob o ditame do art. 927 e § 1º do CPC de 2015.

Assim, sobre o inciso I:

Et tratando-se de rol taxativo (compreensão esta da ampla maioria da doutrina), não há como se estender suas hipóteses para a situação ora em discussão. Assim, claro está que a decisão ora embargada realizou a exata subsunção da questão aqui discutida com o art. 1.015, X, do CPC/15, não tendo se limitado à mera reprodução do artigo, mas cotejando-o com a pretensão recursal (TJPR, ED 1612703001, Dec. Monocrática, 14ª Câmara Cível, Rel. Fernando Antônio Prazeres, j. em 19/1/2017, DJ 001 de 24/1/2017).

Sobre o inciso II:

A Agravante juntou aos autos o Relatório da SUSEP, no qual é possível verificar que no ano de 2015 a Seguradora passou por grave crise econômica, tanto que foi decretada sua liquidação extrajudicial. Contudo, no Relatório apresentado pela liquidante é possível verificar a existência de títulos e créditos a receber cujo montante possibilitará o pagamento dos cre-

dores da massa liquidanda, inclusive os créditos oriundos das despesas judiciais, se as forças da massa comportarem (TJRJ, AI 00351715720168190000, 6ª Câm. Cív., Rel.^a Inês Chaves de Melo, j. em 1º/8/2016, p. em 3/8/2016).

Sobre o inciso III:

A nova legislação adjetiva dispõe, no art. 489, § 1º, III, que ‘o juiz, ao proferir um provimento jurisdicional, seja qual for, não poderá fazer uso de tese de fundamentação genérica, que porventura possa embasar qualquer outra decisão’. Decisão que deve ser extirpada do mundo jurídico. Reconhecimento de ofício da nulidade. Recurso prejudicado. Precedente citado: 0034098-50.2016.8.19.0000 - A.I. Rel.^a Des.^a Regina Lúcia Passos, j. em 31/8/2016, 24ª Câmara Cível (TJRJ, AI 0035629742016819000, 24ª Câm. Cív., Rel.^a Regina Lúcia Passos, j. em 26/10/2016, p. em 31/10/2016).

Sobre o inciso IV:

O impedimento para percepção da comissão reside na excepcional circunstância de que os leiloeiros atuantes no TJAM são servidores concursados e, por essa razão, já recebem a devida remuneração para o exercício do cargo, diferentemente do que ocorre com os demais leiloeiros públicos, cuja remuneração depende inteiramente do seu êxito. Tal entendimento prejudica a argumentação desenvolvida pela parte, o que desobriga a análise de fundo quanto às normas legais invocadas pelo agravante, por serem incapazes, em tese, de alterar as conclusões do julgado (art. 489, § 1º, IV, do CPC) (STF MS 33327, AgR, 1ª T., Rel. Roberto Barroso, j. em 24/2/2017, proc. eletr. *DJe*-048, divulg. 13/3/2017, p. em 14/3/2017).

Sobre o inciso V (sem correspondência no sistema do CPC de 1973):

Caberia à Reclamante comprovar a modalidade de endosso, se mandato ou translativo. Ao deixar de fazê-lo, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, responde, juntamente com a suposta credora da duplicata, pelos prejuízos causados à consumidora. Os enunciados de súmulas não são estanques nem dissociados dos fatos inerentes ao caso concreto, devendo sua aplicação adequar-se ao caso concreto. Reclamação improcedente (TJPR, Seç. Cív. Ord., R. 1586484-5, Rel. Nelson Mizuta, unan., j. em 17/3/2017).

E sobre o inciso VI (também não aproveitável jurisprudência anterior):

Embargos de declaração. Omissão e obscuridade. Inocorrência. Por definição, não é omissa nem obscuro o acórdão que deixa de abordar precedentes jurisprudenciais que não se aplicam ao caso concreto. Distinção evidente. Inteligência do Art. 489, § 1º, VI, *in fine*, do CPC 2015 (TJRJ, Ap. 003308714201181902009, 27ª Câm. Cív., Rel. Marcos Alcino Torres, j. 27/4/2016, p. em 2/5/2016).

3 Fundamentação sentencial. Estrutura e função

Em qualquer área do conhecimento humano, dizer de estrutura é dizer de que se constitui, como se forma algo. Dizer de função é dizer para que serve algo.

Seja função (ou finalidade) do processo, a composição da lide, seja a atuação do direito, é conhecida a aproximação das teses. A lide, obstáculo à atuação do direito, é de ser removida reconhecendo-se o direito, não mais o objetivo, mas o subjetivo. O CPC de 2015 quer a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Óbvio que a satisfação do direito seja sua atuação em favor de algum dos contendores, tal se dá após a composição da lide. E a composição da lide, geradora da atividade satisfativa, tem de ser conforme o direito material.

Compreende este, portanto, a potencialidade de tutelar alguma das pretensões, a pretensão ou a resistência — na dependência de fato jurídico que lhe dite a incidência.

Remonta, portanto, a atividade judicante ao encontro do fato jurídico e à verificação de sua repercussão no ordenamento, aí compreendidas a lei e a jurisprudência.

O devido processo legal, outra garantia constitucional, transfere racionalidade à escolha da solução, no âmbito da discussão democrática — a fim de que se produza a norma do caso concreto. O legislador é intérprete da realidade social. Não o é o juiz, pois não julga hipótese, mas repercussões concretas, realidades informadas e, portanto, realidades postas em forma de cognição e aferição de “satisfatividade” do provimento.

Exige-se a postulação por advogado. Isso para se suprir a deficiência das declarações das partes, presas de sua inexperiência ou paixão, como adverte Carnacini (1951, p. 711), que, por isso, classifica o procurador não como representante, mas como nuncio. Aí se tem o amplo papel do advogado, indispensável à efetividade do contraditório, aquele que fala pela parte — não só aquele que é chamado para junto da parte, na clássica acepção do *advocatus*.

Mas os argumentos dos advogados são estratégicos. Há de confrontá-los o juiz para os limites de tese e antítese. Desde a tragédia grega, a razão aplicada aos fatos revelou-se o motor hábil a encaminhar a solução após o aparente dilema — o grande salto cognitivo (CASTRO NEVES, 2015, p. 157). O juiz não se serve de argumentos estratégicos, exatamente porque não tem interesse em lide, tendo o dever de analisar os argumentos de *petitum* (e de *exceptio*), perante os argumentos de *causa petendi* (e de *causa excipiendi*).

Visto como o legislador processual proscreeve a fundamentação genérica, estamos em tempo de fundamentação sentencial obrigatoriamente estruturada. A partir de argumento e contra-argumento,

binômio que fixa o ponto controvertido, a questão, sabido que o conjunto de questões é a lide — em indispensável homenagem ao sistema carneluttiano, o estudo mais profundo do conteúdo do mérito.

A solução integral do mérito (que, em perspectiva de retorno, vai permitir a eficácia preclusiva da coisa julgada, a preclusão extra-processual do deduzido e do dedutível) tem de enfrentar, ainda quando verse o pedido e a causa de pedir, os elementos da lide, fundamentais daqueles: os bens e os interesses conflitantes. O recorte do bem jurídico é mais preciso que o do pedido (este é estratégico), e o recorte dos interesses é mais flexível que o da causa de pedir (outro também estratégico).

Daí, no plano de argumentos de superação (não estratégicos), a solução carneluttiana das razões de decidir, resultantes do embate entre as razões do pedido e as razões da resistência. É ver a alegação, o ponto e seu(s) argumento(s), ante o contraponto e seu(s) argumento(s), tendo-se aí a totalidade da questão. O concurso da convicção sobre a prova dos autos soluciona a questão, isto é, define o fato jurídico — dimensão bilateral normativa em que incluída a projeção satisfativa.

De resto, se a questão é complexa (possivelmente ensejadora de réplica), dar-se-á o confronto de fatos jurídicos, com o subsídio da prova, mas não só desta. Também da compreensão cognitiva da consequência jurídica de invocação de preceitos normativos ou de precedentes, do significado normativo aplicável, aí dirimido o choque das vozes.

Aspecto de destaque da fundamentação estruturada, não basta ao CPC de 2015 a invocação de jurisprudência. Não se torna implícita a afirmativa de identidade de casos, como não se torna implícita a demonstração de adequação da solução. Repugna ao processo brasileiro, como visto linhas acima, a ideia de decisão implícita, a qual não serve a determinar a preclusão de questões. Exige o art. 927, § 1º, do citado Código a mesma técnica de fundamentação de que tratam os art. 10 e

489, citados ao longo deste estudo. Tanto que, para deixar de seguir o precedente invocado pela parte, o *distinguishing* é tarefa do julgador: *minima discrepantia facti, maxima discrepantia iuris*.

Chave de volta do sistema de fundamentação, a conjugação dos art. 10 e 489 do CPC de 2015 importa a toda a técnica, quer sob invocação de precedentes, quer sobre cognição originária da espécie, como será adiante demonstrado.

4 Fundamentos e coisa julgada sob questão

O papel da fundamentação sentencial foi grandemente ampliado no CPC de 2015.

É que, no CPC de 1973, não havia nenhuma possibilidade de coisa julgada sobre fundamentos. Já o Código vigente consagra a coisa julgada sobre a prejudicial expressamente decidida sob os requisitos do art. 503 e §§ 1º e 2º.

Já sob o CPC revogado, a coisa julgada tinha por sede o pedido e as exceções substanciais (estas, apenas por exigência formal, de influência italiana e chiovendiana, sob declaratória incidental). Tinha também por sede as respectivas causas, isto é, a *causa petendi* e a *causa excipiendi*, ainda para quem se servisse apenas do pedido, porque razões de sua procedência ou improcedência. As matérias de ação e de exceção sempre pertenceram ontologicamente ao mérito, portanto integrantes da coisa julgada, variando a técnica processual.

Não se insista em vislumbrar a extinta ação declaratória incidente. O fantasma do pedido, para julgamento *principaliter* da questão incidente, ou a relação jurídica autônoma prejudicial, para poder justificar-se (como parecia, equivocadamente, sob o Código de 1973) a produção da coisa julgada.

Com o retorno das questões prejudiciais ou exceções prejudiciais, no CPC de 2015, no âmbito da contestação (em contraditório

prévio e efetivo descrito no art. 503 e seus §§ 1º e 2º), como ocorria antes da absorção do expediente do art. 34 do CPC italiano (a ação declaratória incidente), merece lembrança o que estabelecia o art. 282 do CPC de 1939, *in verbis*: “Art. 282. Na sentença em que resolver questão prejudicial, o juiz decidirá igualmente do mérito da causa, salvo se esta decisão for incompatível com a proferida na questão prejudicial”.

Um só processo e uma só ação. E, sem embargo de confusão (chiovendianamente existente na península) de prejudicial com preliminares, o fato é que o CPC de 1939 já inseria, em compartilhamento com o pedido, no mérito da causa, as exceções ou objeções prejudiciais, os fatos impeditivos, modificativos, suspensivos ou extintivos do direito do autor. De novo, quanto a estes, o legislador de 2015 — também independentemente de ação declaratória incidental, tal como declara o art. 1.054 — estabelece a integração ao mérito, pela equiparação das questões prejudiciais a principais.

Os requisitos para tal equiparação (substitutiva da ação declaratória incidente) estão alinhados nos §§ 1º (e seus incisos) e 2º do art. 503 do CPC de 2015. E tais requisitos equivalem aos de fundamentação sentencial: decisão expressa, observância do contraditório prévio e efetivo, inexistência de restrições probatórias ou cognitivas e igual competência para a questão principal (o pedido do autor, se não prejudicado pela exceção substancial, vertida, esta, em principal, se prejudicado aquele).

Eis o enorme relevo da fundamentação, como elemento da sentença, quando a coisa julgada passa a abranger questões nela decididas, isto é, não compreendidas, no pedido. Mesmo sem pedido, a questão prejudicial ganha solução com fundamentação específica — o que reflete a vedação de fundamentação genérica. O que havia sido deslocado para pedido específico (dada a suposição de necessária autonomia para constituir objeto de outra ação, já que a cumulação de pedidos obrigaria a julgamento), a questão prejudicial, que se procu-

rava limitar a figuras de relação jurídica prejudicial, agora cabe na im procedência do pedido principal, dir-se-á, na procedência da exceção. E a coisa julgada se amplia às questões prejudiciais, às questões (relevantes) da lide, isto é, vinculadas aos interesses jurídicos contrapostos, não ficando restrita a sistemas de relações jurídicas (paternidade e alimentos; paternidade e petição de herança), mas bastante a sistemas de efeitos jurídicos (validade de contrato e exigência de seu cumprimento; nulidade de escritura e pedido reipersecutório; rescisão de contrato e perdas e danos).

Sendo a sentença, antes que solução de postulações contrárias, redução à unidade dos argumentos contrários, óbvio que o dispositivo deva conter soluções referentes a exame de pedidos. O art. 490 equipara a pedido a questão prejudicial incidentemente suscitada. Por sua natureza, por suas características estruturais, hábil a solucionar a controvérsia, *ex vi* do disposto no art. 489, § 1º, IV, provoca o julgamento *principaliter*, tutelado pelo art. 503, § 1º, do CPC de 2015.

Não só a questão prejudicial não está mais confinada à relação jurídica autônoma, como visto (e supôs a maior parte da doutrina sob o CPC de 1973, embora já a declaratória pudesse abranger o modo de ser de uma mesma relação jurídica). Reside, antes, no fato jurídico de que dependa outro fato jurídico invocado no pedido principal. Nesse sentido, Proto Pisani (1994, p. 64) reconhece, ao lado das relações jurídicas prejudiciais, os fatos-direitos (*fatti-diritti*) prejudiciais. Bastantes estes, que podem ter gerado aquelas.

Chega-se a uma resultante inarredável, do cotejo dos dispositivos legais do CPC de 2015. As contraposições fato constitutivo/fato extintivo, fato constitutivo/fato impeditivo, fato constitutivo/fato modificativo e fato constitutivo/fato suspensivo, no plano das relações de causalidade jurídica, isto é, de causa a efeito jurídico — germe das questões prejudiciais — impõe o exame atento do julgador, ao perscrutar a fundamentação, desde as teses aos resultados.

O direito das partes à solução integral do mérito (art. 4º do CPC de 2015) impõe o juízo de valor sobre as alegações e, destas, descendo à confrontação dos argumentos, a verificação do conteúdo da controvérsia. Portanto, a fundamentação — na linha dos requisitos referidos no art. 489 — tem de ser integral, sob pena de, não decidida *principaliter* a questão prejudicial, restar comprometida a coisa julgada, nesse sentido definida (art. 502 do CPC de 2015) como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito irrecorrível. Por outras palavras, não se torna imutável e indiscutível a decisão de mérito que não se pronuncie *principaliter* sobre a questão prejudicial suscitada.

Em prosseguimento, pois. O § 2º do art. 503 impõe o aprofundamento da análise da questão prejudicial, somando-o aos requisitos dos três incisos do § 1º do mesmo dispositivo legal. Sendo a análise o exame dos pontos controvertidos, consideradas a tese e a antítese, como afirmações de fato ou de direito, evidentemente o contraditório com a participação cognitiva do juiz envolve a técnica de fundamentação expressa no inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC de 2015.

O julgamento *principaliter* da questão prejudicial (da *exceptio*) suscitada (ou da objeção levantada pelo julgador) exige a fundamentação estruturada com atenção ao confronto útil dos argumentos hábeis a, reciprocamente, excluir a solução advinda do fato e do fundamento jurídico, reciprocamente, do pedido ou da defesa.

A essa altura, convém considerar que, a menos que a matéria seja unicamente de direito (o que, em última análise, não excluiria o fato jurídico), enquanto os fatos não estejam suficientemente esclarecidos, isto é, não dimensionados como fatos jurídicos, não pode advir julgamento de mérito.

É dizer, com Marinoni (2016, p. 238), e como já afirmávamos (VIEIRA, 2016, p. 133), que constituem questões prejudiciais: a prescrição, na ação de cobrança; a responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva, na ação indenizatória. E que a coisa julgada sobre a questão é que

permite possa beneficiar terceiro (MARINONI, 2016, p. 314-316), a teor do disposto no art. 506 do CPC de 2015. Ao que acrescentaríamos, de outro lado, a ampliação da coisa julgada ao substituído, em prejudicialidade de efeito, como o sócio não atuante, ante ação de nulidade de AGE intentada por outro acionista (por violação da lei ou do estatuto) contra a sociedade. A coisa julgada pode ser pró e contra. Tratando-se de parte, pode prejudicá-la. E o substituído (potencial litisconsorte unitário) é parte.

Considere-se, pois, que o inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC de 2015 encerra o universo da fundamentação e tal é dizer que enuncia técnica adequada ao tratamento em profundidade das questões prejudiciais.

5 Dimensão concreta da fundamentação

Uma das necessárias constatações acerca da natureza da sentença judicial, negligenciada em exposições diversas sobre sua essência, é a do duplo movimento contido na cognição e que deve ser expresso no *iudicium*. Ao dispor o CPC de 2015 acerca da boa-fé como qualificadora uniforme dos comportamentos processuais (art. 5º do CPC de 2015), impõe ao juiz que, a todo julgamento, faça acrescentar à dedução (argumentativa) a indução (experimental), assim produzindo com lealdade (GOMES, 2010, p. 80-81) o enunciado de reafirmação (autoritativa) do direito.

Eis, portanto, que o *sentire*, da etimologia da palavra sentença, não se explica apenas internamente. A fundamentação é o aspecto da sentença que estabelece a exteriorização do convencimento do juiz, a partir das argumentações de ambas as partes (e mesmo a do juiz, posta ao contraditório segundo o art. 10 do CPC de 2015). Permite, por isso, a fundamentação do julgado o controle democrático da justificação do julgado em face do ordenamento jurídico.

Deve-se estar atento à consideração de Carnacini (1951, p. 711), de que a atribuição ao Estado da função judicante não causou dano ao direito subjetivo, para se concluir que a atuação estratégica dos advogados se deve coordenar com a atribuição ao juiz do poder de reconstruir, tecnicamente, do melhor modo, os fatos da causa (CARNACINI, 1951, p. 761-762).

Tem-se, pois, que a argumentação do juiz não é estratégica (é este o sentido de se lhe exigir sinceridade, ancoragem empírica). A fundamentação sentencial é um discurso de superação das argumentações opostas, tomando por uma de suas etapas — e a mais importante — a demonstração do valor dos argumentos. Tal demonstração não é apenas lógica, isto é, não se embasa exclusivamente na razão, não é um discurso destinado a sustentar uma tese, mas se apoia também na vontade, sendo a experiência volitiva o resultado da experimentação dos argumentos.

Isso é tudo com que o art. 927, § 1º, do CPC de 2015 sintetiza a regra do art. 489, e seu § 1º, do CPC de 2015 (até mesmo para a invocação do precedente jurisprudencial), com o significado de não se admitir nenhuma figura de fundamentação genérica para o ato sentencial. Induvidosamente, o legislador de 2015 estatui a fundamentação estruturada, como dito da conjugação dos art. 10 e 489 do mesmo Código.

Tem-se que a fundamentação há de versar sobre o conjunto das questões que compõem o mérito da causa. E outra não pode ser a solução, porque o direito ao julgamento integral do mérito — suscetível, embora, de ser fracionado nos termos do art. 356, quando se justifique a antecipação de julgamento de alguma de suas matérias (pedidos cumulados, parcelas incontroversas) — depende da integralidade das postulações.

Verifique-se o art. 490 do CPC de 2015. Mérito são os pedidos das partes. A função conceitual da regra não admite se a restrinja, no que tange ao réu, à reconvenção. Mesmo que o réu não reconvenha,

haverá pedido de improcedência substancializado, quando formular a *exceptio*. O CPC de 2015 acolheu o contradireito, foi chiovendiano uma vez. Mas rejeitou a necessidade da declaratória incidente, deixando, aí, de ser chiovendiano. Dir-se-á que pôde dizer dos pedidos das partes, por admitir o mérito em vinculação com os elementos da lide (pessoas, bens e interesses contrapostos) — tanto que, ao abraçar a exigência da análise argumentativa na estrutura do objeto litigioso, fez por reviver, como visto, a estrutura de ponto, questão e lide, do sistema carneluttiano.

Não se diga que o legislador substituiu lide por mérito, a exemplo do que faz no art. 356 e no art. 490, ambos do CPC de 2015. Basta observar-se o tratamento que dispensa à tutela provisória, em que adota, subjacente ao objeto litigioso, a figura da lide. Por exemplo, a argumentação para a estabilização da tutela antecipada antecedente, do *caput* do art. 303, se contenta com a lide, em confronto com o respectivo § 1º, da complementação de argumentação. Uma vez que a tutela antecipada antecedente se contenta com a exposição da lide e a simples indicação do pedido de tutela final, ante a urgência contemporânea da propositura da ação, pode-se inferir: o art. 4º do CPC de 2015, ao dispor como norma fundamental a que determina a solução integral do mérito, aí incluída a atividade satisfativa — e que advenha em prazo razoável — sanciona o mérito como os pedidos das partes (já expresso no art. 490), tomando os pedidos inclusive em seu caráter processual, no que considera até mesmo a simples resistência como proposta de julgado de mérito, de improcedência, aí a explicação de ser satisfatório o elemento carneluttiano dos interesses contrapostos — mesmo que não haja pedidos substanciais de ambas as partes, mas *actio* e *exceptio* contrapostas.

Quer no sentido da *actio*, quer no da *exceptio*, o julgador tem de analisar as questões debatidas, desde os respectivos argumentos, sabido que a argumentação é o elo entre compreensão e concretização da

norma aplicável, como leciona Margarida Lacombe Camargo (2003, p. 21). Argumentação é o que une os pedidos à respectiva formulação, ao dizer de *causa petendi* e *causa excipiendi*.

6 Fundamentação estruturada

Como visto, exclui o CPC de 2015 a fundamentação genérica. É todo o critério que extrai da dicção dos incisos do § 1º do art. 489. Sintomaticamente, poder-se-ia ver no já revogado § 2º do art. 1.029 (por desnecessário, redundante em face do sistema do Código) a reprimenda expressa ao *fundamento genérico*.

E, assim, quando se alude às questões prejudiciais equiparadas a principais pelo § 1º do art. 503 do CPC de 2015, no espaço exatamente tomado (a teor do art. 1.054 das Disposições Finais e Transitórias do CPC vigente) à ação declaratória incidente, afinal identificada como expletivo italianismo, chama-se atenção para o relevo atribuído no novo direito processual civil brasileiro à fundamentação da sentença.

A fundamentação da sentença não é mais apenas elemento de compreensão do dispositivo, nem o é de pura *cognitio*, mas, quanto às questões de que dependa o julgamento de mérito, expressa e suficiente manifestação do *judicium*. Não é motivo e não é a ela que se refere o art. 504 do CPC vigente.

A indagação acerca dos fatos jurídicos leva a assinalar-se a artificialidade da separação direito-fato, tanto que prejudicial é questão de fato jurídico de que dependa outro fato jurídico, ainda que exigida aferição do fato ou da aplicabilidade ou do significado da norma.

Aliás, a relevância dos fatos, ante uma controvérsia, é *quaestio juris*, desde o direito romano, como adverte Torquato Castro (1984, p. 12).

Cuida-se da necessidade do controle do juiz sobre as alegações, desde a atividade de saneamento, bem como da injunção ao desdobra-

mento, em réplica (quijá em tréplica), da cadeia fático-jurídica, no que tange às questões complexas, autorizadas as partes, em sua liberdade probatória, a investigar todos os fatos que possam influir na decisão final,² o que inclusive contribui para o esvaziamento da necessidade de invocação da eficácia preclusiva da coisa julgada, vale dizer que também da aproximação entre as funções positiva e negativa da coisa julgada.

7 O confronto argumentativo

Indisputável a existência do dever judicial de exame integral do mérito, advém a ampliação do significado da fundamentação, destinada não só a justificar o *judicium*, mas de constituí-lo — por equiparação, quanto às questões — em expressão de contraditório *principaliter*, vale dizer, prévio e efetivo. E de identificação das próprias situações de *exceptio* equiparada a *actio*, no que, embora os dados da distribuição do feito não apontem a litispendência, a coisa julgada se irradiará dos dados sentenciais.

Cabe à prática de registro de dados (à maneira como permite a seleção para efeitos dos recursos repetitivos, que se construiu sem maior embaraço) estabelecer a identificação, caso a caso, das prejudiciais decididas com autoridade de coisa julgada.³

A coisa julgada sobre questão aflorará também como dado de propulsão à formação de precedentes, na prática do Código de Processo Civil.

Visto como o legislador definiu a coisa julgada como autoridade, não a exclui de efeito do processo, da preclusão de questões. A preclusão dita consumativa não se aplica apenas às faculdades. Também

² Nesse sentido, cf. Ney da Gama Ahrends, “Prova no processo civil”, em *Digesto de processo*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, v. V, p. 12.

³ E assim se resolveria o temor apresentado por José Rogério Cruz e Tucci, em *Comentários ao Código de Processo Civil* (MARINONI, 2016, p. 193 *et seq.*).

àquelas. E, no trânsito em julgado, tem-se a *res judicata* assente sobre questões (erigidas em prejudiciais), ademais da(s) questão(ões) principal(is), isto é, já derivada(s) do pedido do autor.

Cabe afirmar que a investigação do fato constitutivo de exceção, diante da contraposição ao fato constitutivo do direito e diante da réplica à exceção (mediante abertura ao contraditório, *ex vi* do art. 10 do CPC de 2015; mediante a cooperação no saneamento, *ex vi* do art. 357, §§ 2º e 3º, do CPC de 2015) — assim como da vontade jurídica extraída do ordenamento, diante da contraposição de significados atribuídos pelas partes à norma ou ao precedente jurisprudencial — pertence ao dever judicial de fundamentação estruturada.

Segundo já dissemos (VIEIRA, 2016, p. 178), a questão prejudicial equiparável à principal remonta à exclusão de fato jurídico, presente regra legal de efeito contrário, tal uma prejudicialidade de causa ou de efeito determinante. De causa (pela *causa excipiendī*), para ampliação dos limites objetivos. De efeito (pela suspensão de regra legal invocável pelo substituído processual), para ampliação dos limites subjetivos (BARBOSA MOREIRA, 1971, p. 83; VIEIRA, 2016, nota 269, p. 137).

O exame é, sempre, de causalidade jurídica. A experiência concreta, na dimensão indutiva, com que o julgador confirma o trabalho dedutivo, reencontra o fato jurídico (com exclusão de outros) ou o efeito jurídico (com exclusão de outros). Cuida-se o dispositivo sentencial de algo a que se chega mediante o confronto argumentativo, para se alcançar a resultante argumentativa, diante do direito positivo e da prova. E, do mesmo modo como o dispositivo sentencial, a fundamentação que se lhe equipara concerne à coisa julgada — sobre a questão que, por definir o juízo (DENTI, 1987, p. 678) (*o iudicium*, transcendendo à *cognitio*), constitui prejudicial de mérito — mesmo decidida incidentalmente, porque não *incidenter tantum*, mas *principaliter*.

Quer seja a questão fático-jurídica, quer exclusivamente de direito, a profundidade da fundamentação,⁴ com que resolvida, identificará a aptidão da questão a fazer coisa julgada, desde que de sua solução dependa o julgamento do pedido.

Liebman (1962, p. 75), na evolução de seu pensamento, sem desertar do conceito de autoridade, chegou a descrever substancialmente o qualificativo, que adviria também da legitimação pelo contraditório. Seu pensamento viria a complementar-se em um admirável estudo, com o qual esclareceu que “ação e exceção podem coexistir como direitos, mas se uma é fundada, a outra é infundada e vice-versa”.

Referências

AHRENDTS, Ney da Gama. Prova no processo civil. In: DIGESTO de processo. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. V, p. 12.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. In: DIREITO processual civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 908.282. Relator: Min. Jorge Scartezini. 4^a T. Brasília, j. em 15/2/07, DJU de 16/4/07.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 8.416-SP. Relator: Min. Eduardo Ribeiro, 3^a T. Brasília, j. em 20/8/91, v.u., DJU de 9/9/91, p. 12.197.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 12.174-0-RJ. Relator: Min. Gomes de Barros. 1^a T. Brasília, j. em 15/3/93, v.u., DJU de 12/4/93, p. 6.053.

⁴ Ainda nos processos com sumarização por matéria, limitadamente, cf. VIEIRA, 2016, nota 16, p. 20.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 82.116-MG. Relator: Min. Aldir Passarinho Jr. 4ª T. Brasília, j. em 10/10/2000, *DJU* de 4/12/2000, p. 70.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33327, AgR. Relator: Roberto Barroso. 1ª T. Brasília, j. em 24/2/2017, proc. eletr. *DJe*-048, divulg. em 13/3/2017, p. em 14/3/2017.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *STUDI in onore di Enrico Redenti*. Milano: Giuffrè, 1951. t. II.

CASTRO, Torquato. Causalidade jurídica no direito romano. *Revista de direito civil*, São Paulo, v. 27, 1984.

CASTRO NEVES, José Roberto de. *A invenção do direito*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.

DENTI, Vittorio. Questioni pregiudiziali (verbete). In: *NOVISSIMO digesto italiano*. Torino: UTET, 1987. v. XIV.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito. In: FUX, Luiz *et al.* (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 567-576.

GOMES, Silvano. *Direito e literatura*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.) *et al.* *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 485 a 538)*. São Paulo: RT, 2016. v. VIII.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. ED 1612703001, Dec. Monocrática. Relator: Fernando Antônio Prazeres, 14^a Câ. Cív. Curitiba, j. em 19/1/2017, *DJ* 001 de 24/1/2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Seç. Cív. Ord., R. 1586484-5. Relator: Nelson Mizuta. Unan., j. em 17/3/2017.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ap. 003308714201181902009. Relator: Marcos Alcino Torres, 27^a Câ. Cív. Rio de Janeiro, j. em 27/4/2016, p. em 2/5/2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 00351715720168190000. Relatora: Inês Chaves de Melo, 6^a Câ. Cív. Rio de Janeiro, j. em 1^o/8/2016, p. em 3/8/2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 0035629742016819000. Relatora: Regina Lúcia Passos, 24^a Câ. Cív. Rio de Janeiro, j. em 26/10/2016, p. em 31/10/2016.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Coisa julgada: limites e ampliação objetiva e subjetiva*. Salvador: JusPodivm, 2016.

“ A Carta foi denominada Cidadã devido à intensa participação popular na elaboração do texto – porque quem quis se manifestou e foi acolhido. ”

Rafael Mayer

Ministro, Presidente do Supremo Tribunal Federal no biênio 1987/1988,
em entrevista ao *site* do Supremo à época da comemoração dos
20 anos da Constituição Federal de 1988.



Constituição de 1988: causas da crise constitucional e dos conflitos políticos

José Tarcízio de Almeida Melo

Desembargador aposentado do TJMG; Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas; Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG.

1 Introdução

A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi o estuário natural do processo de redemocratização, no Brasil, começado no governo do presidente Ernesto Geisel (1974-1979) e finalizado no governo do presidente João Figueiredo (1979/1985).

A Constituição enfatizou os Direitos Fundamentais e a eles incorporou os Direitos Sociais. Proporcionou importantes avanços, como o do reconhecimento da importância do Meio Ambiente, dos Direitos do Consumidor e da Política Urbana.

Miguel Reale (2008) encontrou dois calcanhares de Aquiles ameaçando a Constituição de 1988. O primeiro deles foi o casuísmo normativo, à espera de centenas de leis complementares e ordinárias que viessem precisar grande número de suas disposições. Este fato decorreu da falta de negociação e entendimento prévio para questões que ainda se achavam no calor do debate.

A Legística, que sopra ventos favoráveis aos trabalhos parlamentares da atualidade, não inspirou os trabalhos constituintes para permitir que, com a ajuda multidisciplinar das diversas Ciências, se pudesse produzir texto correto em consistência e em viabilidade, ainda que, por livre disposição dos autores, fossem introduzidos princípios na quantidade e qualidade certa para não se tornarem motivo de redobrar conflitos nem causar frustrações.

Preciosos foram os estudos patrocinados pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais, no ano de 2007, para compor a decisão legislativa com seu efeito real, seu impacto real sobre a realidade social, como defenderam respeitados conferencistas e escritores, dentre eles Luzius Mader (2009). Por ocasião do *Congresso Internacional de Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*, realizado em Belo Horizonte, Antônio Augusto Junho Anastasia (2009) incluiu abalizadas reflexões sobre o planejamento legislativo que se justifica, com igual ou maior razão, para a normalização fundamental própria das Assembleias Constituintes.

2 Conceitos de Ciência Política e de Direito Constitucional, separação dos Poderes e democracia

Os estudiosos do Direito Público, muitas vezes, optam por discursos inflamados e de grande apelo às multidões e passam por conceitos incompletos ou incorretos da Ciência Política e do Direito Constitucional.

É dito, por exemplo, que as ditaduras são governos autoritários, prepotentes e maus. Nesse ponto, confundem-se conceitos de ditadura e de tirania.

A tirania é o governo instrumentalizado por vontade individual direcionada a finalidades não condizentes com as da sociedade. Na teoria de Maquiavel, de ciclos de governo, aparece como forma degenerada da monarquia.

Já a ditadura diz respeito à concentração de poderes, como aconteceu com o *ditactor* romano, encarregado da solução de crises importantes que justificam, excepcionalmente, a cumulação de funções, em caráter transitório.

A aproximação de ambos os conceitos dá-se pelo fato de que a separação de poderes, inexistente na ditadura, é uma das causas ocasionais do governo virtuoso e pela oportunidade que geralmente se abre para que o ditador se corrompa e se transforme em tirano.

Essa constatação de tendência fez com que os fundadores teóricos da democracia moderna passassem a exigir a separação dos poderes como ambiente natural.

Montesquieu (1993) escreveu que, quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. O grau máximo desse risco ou perigo encontra-se na situação em que o agente plenipotenciário é o corpo de juízes.

A explicação é simples. Juiz e administrador público são aplicadores da lei. Mas o juiz aplica a lei, em casos contenciosos e, quando se trata do mais alto tribunal, dá a última palavra sobre o Direito como Coisa Devida.

Ainda em termos conceituais, o uso tornou-se corrente para as expressões separação dos poderes, enquanto é sabido que o poder do Estado é uno e indivisível. Não existem poderes a serem separados entre si, porém aparelhos distintos que põem em atividade as funções vitais de uma só unidade.

Coloca-se como termo de comparação a fisiologia do corpo humano. Há os pulmões, o cérebro, os rins, o coração, todos dotados de atividades próprias que agem coordenadamente para proporcionar o funcionamento integrado do todo de que são partes.

Aqueles órgãos interagem, controlam-se e completam-se, tomando providências que inibem desvios e compensam insuficiências. Mas nenhum deles assume o papel alheio sem colocar em risco ou, ao menos, prejudicar a eficácia da funcionalidade.

Em Economia Política, aprende-se que a divisão de trabalho serve para aperfeiçoar a produtividade e a qualidade, a partir da ideia da especialização. A divisão do trabalho pode ser a justificativa econômica da separação dos poderes, como se pode ler, por exemplo, em Leroy-Beaulieu (1891, p. 44 *et seq.*), mas não exclui, e sim se soma à mais importante, que é de natureza política.

Maquiavel colocou a separação de poderes como instrumento de proteção do Rei para preservá-lo do incômodo de interferir nas relações entre os súditos e, com isso, permitia ao Judiciário independente dar aos menos favorecidos o seu direito nas disputas com os poderosos. Na doutrina de Maquiavel (1974), apareciam o Legislativo (Parlamento), o Executivo (Rei) e o Judiciário independentes.

O século XVII revelou a primeira organização sistemática da separação dos poderes, a partir da obra de John Locke (1976) baseada no Estado inglês. Foram admitidas quatro funções em dois poderes. A função legislativa seria exercida pelo Parlamento. A função executiva, própria do Rei, desdobrava-se na função judiciária, de resolução dos conflitos interpessoais, e na função federativa, que dizia respeito ao poder de guerra e de paz, de relações internacionais ou externas. A quarta função, também efetivada pelo Rei, era a prerrogativa pela qual era possível fazer o bem público sem subordinação a regras. Trata-se aí da margem de discricionariedade que pode conduzir a decisões arbitrárias.

A teoria da Separação de Poderes obteve valorização na obra de Montesquieu (1993), em que foram presentes o Legislativo, o executivo das coisas que dependem do direito das gentes (Executivo) e o executivo daquelas que dependem do direito civil, ao qual atribuiu punir os crimes e julgar os conflitos entre os indivíduos (Judiciário),

perfazendo a tripartição que ficou em voga e tornou-se configuração constante da maioria das constituições. Admitiu Montesquieu que era necessário um órgão do Estado para cada uma das três diferentes funções básicas do Estado. Sustentou que um só homem, ou um só corpo, dos nobres ou do povo, não devia reunir as três funções.

Com a tripartição de Montesquieu, não se valorizava a ação interna do Estado, limitada que ficou ao cumprimento das leis e à função judicial. Aí está o caráter liberal da democracia clássica, mais ocupada com a liberdade individual do que com a eficiência do Estado.

O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamou que uma sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Em seus artigos, em *O federalista*, Madison (1974) salientou que constitui tirania a acumulação dos poderes nas mesmas mãos, ou nas mãos de poucos ou de muitos.

Esse entendimento teve recepção pela Constituição dos Estados Unidos (1987), que dedicou três e sucessivos artigos ao Legislativo (Art. I), ao Executivo (Art. II) e ao Judiciário (Art. III). Não se admitem interferências de um sobre o outro nem a transferência de funções, ainda que de natureza temporária e de conteúdo parcial.

A ideia da separação adota o sistema de freios e contrapesos, mediante o qual os atos estatais são de duas espécies: atos gerais e atos especiais.

O ato geral é a lei, com conteúdo geral e abstrato, não devendo seu autor, o Legislativo, ter atuação concreta na sociedade. Assim, não cometerá abusos, nem beneficiará ou prejudicará pessoas. A atuação concreta dar-se-á pelo Executivo, depois da emissão do ato geral. Mas o Executivo nada fará além da lei ou contra esta. Os atos serão sempre vinculados, e, quando ocorrer ofensa à lei, o Judiciário será chamado para obrigar que cada órgão permaneça nos limites de sua esfera de competência.

Claro é que não existe modelo universal, forma rígida ou absoluta de apresentação da separação dos poderes. Exatamente na desigualdade das formas encontra-se a razão de ser das modalidades de regimes de governo que consistem em aceitações diferenciadas dos textos constitucionais ao maior ou menor controle ou participação.

O regime presidencial puro parte dos pressupostos de eleições diretas dos membros do Congresso e do Presidente da República, que se situam distantes na estrutura governamental. Em compensação, o Congresso é dotado de poderes para grandes questões, devidamente definidas, e o Presidente remanesce com margem expressiva de atribuições, inclusive de criar normas nas matérias não reservadas à lei.

No regime parlamentar de governo, o Executivo procede de uma escolha legislativa; É, portanto, regime de eleição popular indireta. O Parlamento detém controle não apenas sobre a obra como também sobre o destino do governo. A separação aí é moderada ou mitigada.

A prova da existência da separação dos poderes, em sua versão radical, é nula, pois tem ocorrido interpenetração de um no outro dos poderes até para a finalidade de estabelecimento de controles recíprocos, o que é saudável ao modelo democrático. Já o abuso, com a usurpação de função alheia, pode ocorrer, mas constitui detrimento à liberdade e à igualdade que a Constituição democrática visa proporcionar.

A separação de poderes suportou o liberalismo, em que ficou acentuada a desigualdade e a injustiça, com pequena população de poderosos. Conforme Dalmo Dallari (1998), não impediu que Legislativos, sem representatividade popular, mantivessem acordos com os governos, fizessem leis para atender conveniências destes, sem apreciar a liberdade individual da maioria.

Isoladamente considerada, a separação dos poderes não favoreceu nem se marcou como componente propício ao caráter democrático do Estado.

Loewenstein (1976) coloca a separação dos poderes como perfeita ilustração do pensamento mecanicista e desvaloriza sua função de proporcionar ambiente para a liberdade individual, tratando-se, ao contrário, da forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do poder político, matéria da divisão do trabalho e do reconhecimento de que existem funções estatais a serem sempre cumpridas e que, figurativamente, são chamadas de poderes.

É preciso dar-se foco ao tempo em que foi erigida a separação dos poderes. Tratava-se de Estados com perfil liberal e de atuação reduzida ao mínimo.

Entretanto, a crise do liberalismo forçou o aquecimento do Estado de Intervenção Econômica, para compensar o desequilíbrio entre grande parte da população pobre e escasso mínimo de ricos. As normalizações passaram a ter conteúdo técnico e burocrático, escapando ao domínio dos legisladores e exigindo atividade pronta e eficaz dos governantes, os quais passaram a receber encargos novos que lhes demandavam normas urgentes que não podem aguardar o trâmite do processo legislativo.

3 Opção do Brasil em matéria de regime de governo

O Brasil, desde a Proclamação da República, optou pela forma federal do Estado, pela forma republicana e regime presidencial de governo. Inseriu Judiciário tecnoburocrático, organizado constitucionalmente como terceiro poder político do Estado.

A separação hermética dos poderes esteve presente na primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, traduzindo o modelo inspirador dos Estados Unidos. A origem das leis pertencia indistintamente à Câmara ou ao Senado (art. 36), não tendo sido contemplada a iniciativa legislativa do Presidente da República.

A atenuação da separação dos poderes ocorreu em 1891, mediante controles estabelecidos:

1. O Presidente da República podia negar sanção ao projeto (veto), por julgá-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público (art. 37, § 1º).

2. Foi fixada a responsabilidade do Presidente, em crime de responsabilidade, perante o Senado (art. 53).

3. Os Ministros de Estado não podiam comparecer às sessões das Câmaras com as quais se comunicariam por escrito ou pessoalmente em conferência com suas Comissões. Deviam distribuir aos membros do Congresso relatórios anuais.

A Constituição de 16 de julho de 1934 atribuiu à Câmara dos Deputados competência para convocar os Ministros de Estado a fim de prestar informações sobre questões prévia e expressamente determinadas, atinentes a assuntos do respectivo Ministério, importando em crime de responsabilidade a falta de comparecimento do Ministro sem justificativa (art. 37). Fundou a iniciativa reduzida da Câmara dos Deputados concorrentemente com o Presidente da República para as leis destinadas à fixação das forças armadas e às matérias fiscal e financeira (art. 41, § 1º). Conferiu iniciativa legislativa ao Presidente da República e tornou-o titular exclusivo para os projetos de lei que aumentassem vencimentos de funcionários, criassem empregos em serviços já organizados, ou modificassem, durante o prazo de sua vigência, a lei de fixação das forças armadas. Ressalvou a competência da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos Tribunais, quanto aos respectivos serviços administrativos (art. 41, § 2º).

A Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937 conteve forte retraimento da separação dos poderes, quando tornou o Governo primeiro titular da iniciativa das leis, inibindo a deliberação sobre projetos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versassem sobre matéria tributária ou que dessem causa ao aumento de despesa. Proibiu a iniciativa legislativa ao membro da Câmara dos

Deputados ou do Conselho Federal, nome correspondente ao atual Senado Federal. A iniciativa só poderia ser tomada por um terço de Deputados ou de membros do Conselho Federal. A tramitação de projeto seria suspensa quando o Governo comunicasse o propósito de exercer iniciativa sobre a matéria (art. 64).

O Presidente da República podia receber autorização do Parlamento para expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização (art. 11). Nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderia, se exigissem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência da União, excetuadas as de modificação à Constituição, legislação eleitoral, orçamento, impostos, instituição de monopólios, moeda, empréstimos públicos, bem como alienação e oneração de bens imóveis da União (art. 13).

Além disso, o Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, foi autorizado a expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração Federal, o comando supremo e a organização das Forças Armadas (art. 14).

Ao Presidente da República foi conferida a prerrogativa de dissolver a Câmara dos Deputados (arts. 75, *b*, e 167, parágrafo único). Tratava-se de recurso destinado ao pronunciamento do povo, em nova eleição, com foco na recusa legislativa às medidas adotadas em estado de emergência ou de guerra, declarado pelo Presidente.

O Parlamento tornou-se o árbitro definitivo da constitucionalidade, ou não, de lei ou ato do Presidente da República. Caso a inconstitucionalidade de uma lei tenha sido declarada pela maioria absoluta dos membros dos Tribunais (reserva de plenário), e o Presidente da República entendesse que tal lei seria necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente submetê-la novamente ao exame do Parlamento. Se

o Parlamento confirmasse a lei, por dois terços dos votos de cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal (art. 96).

A Constituição de 18 de setembro de 1946, na matéria da separação dos poderes, conservou, em linhas gerais, o que se encontra na Constituição de 1934.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 permitiu aos Ministros pedir seu comparecimento perante as Comissões ou o Plenário de qualquer das Casas do Congresso Nacional para discutir projetos relacionados com o Ministério sob sua direção (art. 40, § 2º). Privilegiou os projetos de iniciativa do Presidente da República, os quais podiam versar sobre qualquer matéria de competência da União. Instituiu a revisão abreviada, quando o Presidente da República solicitasse o prazo máximo de quarenta e cinco dias em cada Câmara e a deliberação sem revisão, quando o Presidente julgasse urgente a medida (art. 54). Foram instituídas as leis delegadas, que deviam ser elaboradas pelo Presidente da República ou por Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas (art. 55). Permitiu ao Presidente da República emitir decretos-leis, em casos de urgência ou interesse público relevante (art. 58).

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, ampliou a iniciativa legislativa exclusiva do Presidente da República (art. 57).

Em 1977, foi decretado o recesso forçado do Congresso Nacional, e o Presidente da República, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, promulgou a Emenda Constitucional nº 7, que conteve a Reforma do Judiciário e inseriu, no art. 119, inciso I, alínea *l*, da Constituição, que tratava da competência originária do Supremo Tribunal Federal, a representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A Constituição de 5 de outubro de 1988 expandiu a titularidade da iniciativa legislativa, atribuindo-a ao Procurador-Geral da Re-

pública e aos cidadãos (art. 61). Substituiu o Decreto-Lei pela Medida Provisória, enriquecendo as contenções necessárias a preservar-lhe a qualidade democrática (art. 62). As delegações legislativas foram destinadas à elaboração pelo Presidente da República (art. 68). Foi inserida a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, a qual seria regulada na lei (art. 102, parágrafo único).

O poder político do Brasil foi organizado sob a inspiração do modelo dos Estados Unidos, mas tem recebido adaptações que alteraram o paradigma do regime puro.

Trata-se de regime presidencial, dotado de abertura para a presença dos membros do Governo nas atividades das Câmaras do Poder Legislativo. O Presidente da República adquiriu forte iniciativa legislativa. O controle de constitucionalidade das leis está a cargo do Poder Judiciário e do veto presidencial aos projetos contrários à Constituição.

4 A organização federativa da Constituição

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, em seu art. 178, definiu, como matérias constitucionais, os limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, os Direitos Políticos e Individuais dos cidadãos. Tudo o que estivesse fora desse perímetro não seria constitucional e podia ser alterado, sem as formalidades da reforma constitucional, pelas Legislaturas ordinárias.

Instituída a República, as Constituições, exceto a Carta Constitucional de 1937, trataram de impedir projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa do Governo e do Estado.

A Constituição de 1988 ampliou os casos de negação à emenda constitucional, ao dispor que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os Direitos

e Garantias Individuais (art. 60, § 4º). Há silêncio eloquente quanto aos direitos sociais, os quais, embora classificados como fundamentais, no Título II, não obtiveram tratamento igual ao dado aos direitos individuais e condição de normas intangíveis. Enquanto os direitos políticos foram tratados na disciplina do voto (aspecto ativo do direito), houve omissão quanto a seu aspecto passivo (direito de eleger-se).

As deficiências da organização federativa encontram-se (1) no antagonismo entre algumas de suas normas, (2) na competência coincidente de entes da Federação e (3) na profusão de direitos sociais sem fonte de custeio e determinação do órgão devedor.

Em matéria de legislação surgem os primeiros problemas. O art. 22, XXIII, atribui, privativamente, à União legislar sobre seguridade social. O art. 24, XII, atribui à União, aos Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social, proteção e defesa da saúde, duas das três partes constitutivas da seguridade social. Significa que a legislação só é privativa para a assistência social? Ou que a competência da União resume-se às normas gerais? Nenhuma dessas interpretações satisfaz. A primeira foge da *mens legis* e anula o significado próprio da seguridade social, no art. 22. A segunda vai além do possível ao tratar de normas gerais em lugar que não as contém, ao contrário de outros, que as contém (art. 22, XXI e XXVII, e art. 24, § 1º).

Em uma só esfera da Federação, ocorrem antagonismos. Verifiquem-se os arts. 61, § 1º, *d* e 128, § 5º. O primeiro assenta que é iniciativa privativa do Presidente da República o projeto de lei sobre a organização do Ministério Público da União. A segunda norma assegura aos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos, incluindo o da União, a iniciativa de leis complementares para estabelecer a organização de cada Ministério Público. Nesse exemplo, há incompatibilidade normativa não só quanto ao titular da iniciativa legislativa, como também sobre a forma de lei ou lei complementar, subvertendo a hierarquia, o *modus faciendi* e a rigidez típica de cada uma dessas normas.

Os impasses agravam-se em matéria de serviços, quando se coloca em foco a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II); proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, V); e promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX).

O parágrafo único desse art. 23, como é do feitio da Constituição de 1988, em relação aos direitos sociais, largou para as leis complementares fixar normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

As leis complementares ou ordinárias, definidas para darem vazão aos comandos sociais, ainda não foram sancionadas para as matérias de educação, ensino, saúde e habitação. A Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, tratou da proteção das paisagens naturais notáveis, da proteção do meio ambiente, do combate à poluição em qualquer de suas formas e da preservação das florestas, da fauna e da flora.

A falta de norma constitucional completa e o retraimento do legislador infraconstitucional anulam a eficácia da Constituição e esvaziam a determinação de responsabilidades, pois os distintos entes federados costumam, frequentemente, exonerar-se de encargos, atribuindo-os uns aos outros e colocando em estado deplorável os destinatários desses serviços públicos.

Menciona-se o viés messiânico da atual Constituição. Prestações positivas do Estado foram prometidas em larga escala. A falta de sua efetivação gerou frustração a seus destinatários e aumento significativo de conflitos judiciais. Os tribunais incorporaram contencões que geraram desconfiças e intervenções que ameaçam a organização democrática do Estado.

5 Inerência da repartição de competências à separação dos poderes

A repartição das competências dos entes que compõem a Federação, inerente à Constituição Total, e a definição das competências dos respectivos órgãos são estruturais na efetivação da separação dos poderes.

Ressalvam-se os casos em que a própria Constituição transfere poderes para a lei ordinária dispor sobre a competência de algum órgão do Estado, como, por exemplo, quando trata dos órgãos da Justiça do Trabalho (art. 113). Há também transferência para a lei complementar, como ocorre na definição da competência dos órgãos da Justiça Eleitoral (art. 121).

A aquisição de competência, fora das previsões constitucionais, constitui usurpação de poder que não condiz com a constitucionalidade.

Essa aquisição indevida de competência pode ocorrer de diversas maneiras. A mais comum é aquela da invasão pura e simples. Argumentando sobre algum pretexto, um órgão do Estado assume funções alheias ou ainda não definidas.

O primeiro caso tende a acarretar conflitos positivos de competência, litígios entre os órgãos públicos e insegurança jurídica. O segundo é do exercício do direito pelas próprias razões que, em qualquer circunstância, é próprio da barbárie, por ser refratário à ordem política, jurídica e social. Poderá também suceder que o órgão, em caso de ato complexo, obstaculize a participação sucessiva que a lei determina e, pela retenção, proteja sua ação que se torna satisfativa e prejudica a aplicação correta da norma.

6 Prodigalidade da organização política e falta de meios

Ocorreu prodigalidade na emancipação dos distritos, sem a exigência dos requisitos para a autonomia e sua qualidade autossusten-

tável. Levantamento respeitável (ESTADO DE S. PAULO, 3 set. 2018, p. A3) dá conta de que, dos 5.570 municípios brasileiros, 1.872, ou seja, 1/3, não geram recursos suficientes para pagar seus prefeitos e vereadores; 13.8% das Prefeituras foram consideradas bem geridas e apenas 0,3% obteve grau de excelência em gestão fiscal.

A *causa essendi* da Federação, que justificou o movimento republicano, até para monarquistas, deveu-se à diversidade das regiões brasileiras e à necessidade de pensarem e solucionarem seus problemas.

Entretanto, verifica-se a falta da Federação Real, pela carência de condições financeiras, pelo desvio de dinheiro público e pelos crimes contra o erário.

A política dos subsídios, pela qual algumas Federações possibilitam o socorro da União aos Estados-Membros, é de aplicação eventual. Não se trata de suplementação constante, como se pratica no Brasil.

Assim, a República e a Federação, até hoje, são inválidas como ambientes propícios para o desenvolvimento da sociedade brasileira.

Imperativa torna-se a imposição de requisitos, para a criação de novas unidades na Federação, como, discretamente, a Emenda Constitucional nº 15, de 12 de setembro de 1996, começou a empreender, ao exigir estudos de viabilidade econômica. Segue-se a necessidade da reestruturação das divisões políticas, para que se mantenham emancipadas as partes autossustentáveis.

Tem-se como imperativa a necessidade de revisão da competência de cada esfera para os serviços públicos, bem como redefinição das normas tributárias para a discriminação das rendas públicas. É essencial a supressão das renúncias indevidas e dos favorecimentos não justificáveis. O tributo, com fins extrafiscais, há de contemplar interesses difusos e direitos indisponíveis, bem como estimular o desenvolvimento baseado em iniciativas geradoras de riqueza. O serviço público precisa ser drasticamente reduzido e perder sua qualidade dominante de ofertório de atividades estéreis e de destinatário de suas próprias razões. Tem de ser pensado como instrumento, como meio, e não como fim.

7 Direito das regras e dos princípios. Ativismo judicial

A interpretação e a aplicação das leis requerem trabalho intelectual e volitivo. Como está na Doutrina do Direito e no Brasil, foi colocado por Pedro Lessa (1915), atividade judicial, em essência, constitui aplicar a lei contenciosamente a casos particulares. É o elemento circunstancial do contencioso que separa a execução da lei, pelo administrador público, daquela efetivada pelos juízes.

Coloca-se, como aquisição do mundo contemporâneo, o ativismo judicial pelo qual os julgadores constroem o direito valendo-se de princípios sopesados.

Os princípios constituem fonte antiga do direito. São normas que balizam comportamentos morais, éticos e sociais. A leitura da Lei de Introdução ao Código Civil, desde quando foi elaborada, em 1916, revela que, na omissão da lei, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 setembro de 1942, com a redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010, que tratam da Lei de Introdução ao Código Civil, que passou a ser, quando da nova redação, Lei de Introdução ao Direito Brasileiro).

A decisão judicial, na omissão da lei, requer mais cuidado para não se tornar integralmente ato de vontade, mas de assimilação de dados objetivos de semelhança e de relações sociais.

Existe divisão clássica de duas escolas jurídicas antagônicas. A do positivismo e a do neoconstitucionalismo. Eros Grau (2018) constata, neste, a implosão da separação dos poderes com a substituição do formalismo da subsunção pela ponderação, a prevalência da moral, da ética e da justiça na aplicação do Direito e a consagração do “ativismo judicial”. O renomado Professor aponta para o pavor daqueles que relegam as regras em benefício dos princípios e dos valores manipulados, baseados na razão prática e limitados pela proporcionalidade e que se prestam a refazer a *justiça de cádi* ou praticar a velha regra “para os amigos tudo, para os inimigos, a lei”.

A primeira não comporta criação pelo juiz, que procede como boca da lei e, quando vai adiante desta, legisla e cria anormalidade, uma vez que se presume tenha acumulado função de outro Poder, a de legislar. A segunda escola admite que o Direito Natural e, em linguagem mais ampla, os costumes e os princípios supram a lacuna da lei mediante construção judicial, sem que esta constitua, nesse caso, ato de legislação. Trata-se de gradação na concessão que o Direito faz ao juiz, que é nula, no caso do positivismo, e substantiva, no caso do jusnaturalismo.

Juntamente com essas ideias trabalham aquelas relativas à Hermenêutica, como a da impossibilidade da interpretação *contra legem*. Não é dizer que, diante da lei clara, cessa a interpretação, pois compreender o conteúdo de qualquer norma é sempre, mais ou menos, arte de interpretar. Impede-se, contudo, que, pela interpretação, se ignore a lei.

Estudando as avantajadas contribuições que o Judiciário dá ao aprimoramento dos direitos e garantias constitucionais, certamente o entusiasmo o terá levado a situações que merecem ser analisadas, para a salvaguarda dos fundamentos constitucionais.

Está comum afirmar que o Supremo Tribunal Federal diz a Constituição. Que a Constituição é o que o Supremo traduz. Essas afirmações têm caráter de certeza, mas não se trata de certeza em seu sentido absoluto. Para se valer de princípios de direito, o Tribunal não pode atuar contra a lei, pois estaria fazendo segunda lei, lei de alteração ou de revogação da primeira, o que lhe é defeso. Afirma-se que, no controle de constitucionalidade, do tipo abstrato ou em tese, legisla-se. Essa colocação apenas pode ser recebida em sentido amplo, pois, em verdade, o Tribunal não legisla. Resume-se em negar validade à lei com fundamento em sua inconstitucionalidade.

8 Presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória

Há julgamentos que sugerem reflexão aos operadores do direito para se verificarem excessos e se ponderar a necessidade de

ajustes destinados à convivência com a cláusula constitucional da separação dos poderes.

A Constituição da República, em seu art. 5º, LVII, contém, como direito e garantia constitucional, fundamental e individual, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A prisão-pena é decorrência da condenação e não se aplica sobre não culpado.

Diferente é o caso da prisão provisória, cautelar ou preventiva, cujo pressuposto não é a condenação.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, São Paulo, de que foi Relator o Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal retornou à jurisprudência firmada no *Habeas Corpus* nº 68.726, Relator o Ministro Néri da Silveira, na última década do século passado, segundo a qual a interposição de recurso especial, que não enseja, de regra, efeito suspensivo, não impede a execução provisória da sentença, com o cumprimento da pena de prisão.

Em 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, o Tribunal havia fixado que o princípio constitucional da presunção de inocência é incompatível com a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A legislação estrangeira tem sido invocada, como, por exemplo, a da França, cujo Código de Processo Penal (art. 465) prevê casos em que o Tribunal pode expedir mandado de prisão, ainda que recursos estejam na pendência de julgamento. Menciona-se também que o Tribunal Constitucional de Portugal condiciona a presunção de inocência aos limites da lei. Invocações como estas confirmam que, no Brasil, não é possível reduzir-se a plenitude da garantia. A inexistência da cláusula, ou a limitação autoproclamada ensejam mitigar-se a norma constitucional. Porém, no Brasil, o direito e a garantia são constitucionais e não há licença de ressalva para a lei ordinária.

Em trabalho consagrado sobre hermenêutica e aplicação do direito, Carlos Maximiliano (1984) admitiu que, nos tratados de Direito e nos repertórios de jurisprudência, pululam conclusões em flagrante desacordo com a impressão resultante da exegese puramente gramatical. Nos exemplos do Direito Comparado que foram citados, não existe alguma interpretação que sirva para ser colocada como contrária à lei. Tratou-se somente de entendimento mais amplo dos termos da lei. Tal fato não ocorre para a situação em que, ao interpretar-se, muda-se a lei.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 177.752, o Supremo Tribunal Federal manteve preso antigo Presidente da República, ao dar aplicação à Constituição em desacordo de texto expresso da norma fundamental.

9 Prerrogativa de foro

Outra questão que desfigurou instituto centenário é o da prerrogativa de foro instituído, como as garantias legislativas, em favor do povo, que foi objeto de redefinição recente do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição, art. 102, I, *b*, incumbe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os membros do Congresso Nacional, nas infrações penais comuns. Na alínea *c*, faz competir ao STF o julgamento dos Ministros de Estado, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade. Carlos Maximiliano (1948) reconheceu que abusos podem dimanar das garantias. Entendeu, porém, que inestimáveis são as demasias dos outros Poderes e, por isso, todos os povos cultos adotaram as prerrogativas das assembleias inglesas.

Barbosa Lima Sobrinho (1966) sustentou a motivação das garantias na defesa contra a usurpação ou a tendência expansionista dos outros Poderes.

Pedro Aleixo (1961) considerava que a magnitude e a delicadeza das atribuições do Poder Legislativo não o podem expor à verificação, por outro Poder do Estado, e que os legisladores do povo, pela respeitabilidade que devem impor e pela gravidade das próprias funções, não irão se aproveitar da prerrogativa de que são titulares para a prática sistemática de crimes e que, se o fizerem, serão reavaliados pelo povo em pleitos periódicos.

Colocados os fundamentos democráticos das garantias, não é de outra natureza o da prerrogativa de foro: assegurar juízes mais experientes e dotados de maior resistência às pressões. Tratando-se de norma de competência excepcional ou especialíssima, na lição de Carlos Maximiliano (1984, p. 265), cabe-lhe a interpretação estrita, não comporta presunção.

Caso a Constituição pretendesse limitar a prerrogativa de foro para crimes ou infrações cometidos em razão do mandato político, não teria cogitado das infrações penais comuns. Limitar-se-ia a indicar crimes de responsabilidade para os Ministros de Estado.

A inclusão dos crimes comuns serve para significar que pretendeu incluir os atos da vida comum do membro do Congresso Nacional.

A compreensão combinada do art. 102 com o art. 53, § 1º, autoriza o entendimento de que, desde a expedição do diploma, deputados e senadores tenham de ser submetidos a julgamento unicamente perante o Supremo Tribunal Federal. A partir do § 3º, há o tratamento das denúncias novas, recebidas após a diplomação.

Razões que servem ao constituinte, em caso de elaboração constitucional, não se transmitem aos membros do STF, para que estes avaliem a oportunidade e a extensão da prerrogativa de foro. Cabe-lhes aplicá-las.

O que se verificou no julgamento da Ação Penal nº 937 não constituiu aresto judiciário, mas trabalho constituinte. A História demonstrará, pela voz dos tempos livres, que houve excesso na interpre-

tação e redução nas garantias. Nenhuma ressalva constitucional existe para limitar a aplicação do art. 53, § 1º, da Constituição, aos crimes cometidos em razão do exercício do cargo e no exercício deste. A primeira disparidade entre a interpretação e a norma está na referência temporal, pois o julgado menciona exercício do mandato, e a Constituição, expedição do diploma.

10 Pletora de decisões monocráticas de caráter definitivo nos tribunais

A pletora de decisões monocráticas tem comprometido a finalidade dos tribunais e constituído, às vezes, mazela a ser extirpada do Judiciário.

O trabalho, originário ou recursal, de um tribunal afeta um grupo mínimo de julgadores. Cresce, entretanto, a quantidade de casos em que o relator do processo julga monocraticamente.

A decisão monocrática foge do propósito da pluralidade de juízes para o julgamento recursal, cada vez mais comprometido pelos mecanismos digitais e pela redução progressiva do método dialógico. Decisão monocrática é compreensível para casos urgentes, mas sempre precária, provisória e dependente de confirmação pelo órgão colegiado.

A leitura da Loman leva à verificação de que a possibilidade da divisão dos tribunais em câmaras ou turmas, especializadas ou agrupadas em seções especializadas, com a competência ditada pelo Regimento Interno, acentua a decisão colegiada, permitindo que se resolva, pelo tribunal, com a quantidade mínima de três de seus membros (art. 101 e § 1º). No § 4º, fixa-se essa ideia, quando se afirma que cada câmara, turma ou seção especializada funciona como tribunal distinto dos demais, cabendo ao Tribunal Pleno, ao seu Órgão Especial, onde houver, o julgamento dos feitos que, por lei, excedam a competência da seção.

Desde as reformas do Processo Civil, com a finalidade de reduzir a demora da solução, foram criados mecanismos destinados a proporcionar que o relator fale pelo tribunal, em casos para os quais, por antecipação, a decisão deste seja previsível à luz de seus precedentes.

Essa transferência de poderes tem de ser admitida com redobrada cautela, ante a multidão de processos e tribunais insuficientes. Necessariamente, envolve riscos à ampla defesa, como garantia fundamental da Constituição, dadas as peculiaridades dos casos nem sempre adequados aos precedentes, quando predomina a matéria fática. As decisões monocráticas agravam as distorções se for considerada a realidade de julgamentos antagônicos dos tribunais, em curto prazo de tempo. Apesar de a insegurança jurídica ser um dos males que comprometem o progresso do Brasil, está ela presente nos sucessivos julgamentos, e, reduzido seu acesso a casos concretos, aumentam-se os riscos de ofensa à igualdade, como direito e garantia. Dependendo do relator a que seja distribuído o processo, uns serão atendidos, e outros, não. Esse risco torna-se amplo e elevado quando os membros dos tribunais não se entendem nem conservam compromisso rígido com a jurisprudência.

Quando se trata de decisão sujeita a confirmação e o relator obsta o conhecimento do Órgão Julgador, comete importante usurpação de competência por retenção indevida do processo. Quando existe deferimento de pedido cautelar, este não pode ser conservado indefinidamente, subtraindo-se a decisão de mérito pelo órgão colegiado competente.

11 Pedido de vista com valor de veto

Em setembro de 2002, Ministro de Estado apresentou a Reclamação nº 2.138-6 Distrito Federal, em que questionou a competência da primeira instância para processá-lo segundo as normas comuns da

Lei da Probidade (Lei nº 8.429, de 1992), ao fundamento de que esta não poderia ter ab-rogado a prerrogativa contida no art. 102, I, da Constituição da República. A cautelar foi deferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 7 de janeiro de 2003, tendo a Reclamação sido julgada procedente em 13 de junho de 2007. O acórdão foi publicado no *DJ* de 18 de abril de 2008.

Paralelamente à tramitação dessa Reclamação, foi sancionada a Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescentou dois parágrafos ao art. 84 do Código de Processo Penal. O objetivo da referida lei foi equiparar a improbidade administrativa a crime e perpetuar a jurisdição com prerrogativa de foro aos que houvessem cometido a infração no exercício do cargo para que a preservassem depois de seu desligamento.

A rápida tramitação do projeto de lei significou resolver interesse específico do Governo, nos últimos dias de mandato.

Arguida a inconstitucionalidade dessa Lei (ADI 2.797/DF), a cautelar mencionada foi indeferida, em 8 de janeiro de 2003, mas, em 15 de setembro de 2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a lei. A publicação do acórdão ocorreu em 9 de dezembro de 2006. Interpostos embargos de declaração, seu julgamento, após sucessivos pedidos de vista, somente se completou em 17 de maio de 2012. A publicação do trânsito em julgado deu-se em 10 de abril de 2013.

Juízes e tribunais estiveram completamente desorientados, causando enorme insegurança jurídica. Juízes remeteram processos aos tribunais e tribunais aceitaram, ou não, sua competência, por prerrogativa de foro, levando em conta, por analogia ou semelhança, a decisão do Presidente do STF, que vingou apenas para o caso concreto do Ministro de Estado. No reino da controvérsia, prevaleceu a impunidade.

Ora, o pedido de vista pelo membro do tribunal que não se encontre em condições de proferir imediatamente seu voto não impede

que votem os que se tenham por habilitados a fazê-lo. Trata-se de nota de bom senso e de texto expresso no art. 121 da Loman. Além disso, o autor do pedido de vista deverá restituir os autos dentro de 10 dias, e o julgamento do feito, prosseguir na primeira sessão subsequente a esse prazo. A retenção dos autos, além do prazo, é manietar o tribunal em benefício indevido do *statu quo*. O pedido de vista prolonga-se por perplexidade, acúmulo de serviço ou até por interesse inconfessável. Em nenhum dos casos se justifica, compromete a respeitabilidade da Justiça e o direito ao acesso que não apenas deve existir, mas ser exercido dentro do devido processo legal. Juízes e tribunais não são dispensados de cumprir a lei.

12 Desvio de finalidade e controle político

Não há dúvida de que, ao pretexto de interpretar a Constituição, o Supremo Tribunal Federal atuou como legislador constitucional, ao ignorar norma expressa da Constituição e aplicar outra que não é da Constituição.

Nenhum motivo, como a inapetência do Legislativo, a corrupção endêmica ou o propósito de ser exemplar, justifica a desobediência constitucional. Os aplicadores da Constituição, juízes ou não, são sujeitos a ela.

Revogada a competência do STF para a representação de interpretação de lei, o tribunal assumiu-a, canhestamente, pela interpretação conforme a Constituição e outros mecanismos de origem europeia, cujos Tribunais Constitucionais têm o cuidado de não se imiscuir nas controvérsias entre Poderes federais, não só porque têm a acuidade para perceber o risco da judicialização da crise política, como também porque prezam pela sua sobrevivência, que estaria ameaçada por emenda constitucional com a qual o Parlamento os mutilaria (LOWENSTEIN, 1976).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal pronunciou decisão tomada cada vez mais rara, de respeito às competências do Legislativo, quando rejeitou a possibilidade de legislar em matéria de *homeschooling* (ESTADO DE S. PAULO, 14 set. 2018, p. A3). Por ocasião de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Dias Toffoli (ESTADO DE S. PAULO, 15 set. 2018, p. A3) sustentou a harmonia e o respeito mútuo entre os Poderes da República, a prudência que os Juízes devem ter de tal modo que o Supremo deixe de ser causa de insegurança jurídica ou 11 indivíduos operando cada um a seu modo, com suas idiossincrasias, seus tempos e modos.

A Constituição consagra o controle político do Congresso Nacional sobre o Poder Executivo, com a atribuição de sustar os atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V). A adoção de semelhante controle sobre o Supremo Tribunal pode significar retrocesso democrático, como em 1937. Mas a ultrapassagem do limite de julgar e, ao pretexto da função eminente do controle de constitucionalidade, a ação política em demasia, incluindo construção legislativa e invasão dos atos políticos do Legislativo, é tão prejudicial à Democracia quanto os arroubos do Poder Executivo.

13 Conclusões

Em seu trigésimo aniversário, a Constituição de 5 de outubro de 1988 ainda está por ser acabada em decorrência de sua opção por normas incompletas em matérias que elegeu como fundamentais.

É Constituição que contém avanços, como a inclusão dos direitos sociais entre os direitos fundamentais; a apreciação do Meio Ambiente e do Consumidor; o combate ao abuso do poder econômico; as diretrizes da Política Urbana.

Com as Emendas Constitucionais nº 5 a nº 9, no segundo semestre de 1995, atualizou o Estado brasileiro para suas funções eco-

nômicas, como planejador, empreendedor, controlador e fiscalizador, incluindo o Brasil na realidade da globalização e da competição internacional.

Foi ambiciosa na Declaração dos Direitos, incluindo os Direitos Sociais na categoria dos Direitos Fundamentais, e pretendeu garanti-los sem o necessário planejamento e indicação dos meios de custeio, fato este que gerou frustrações e litígios.

Ao introduzir a competência comum dos diversos componentes da Federação, estimulou o conflito de competência e a evasão do cumprimento ideal de suas normas.

Por falta de controles mais rígidos e de excesso de infraestrutura burocrática, arrefeceu a Separação dos Poderes e gerou insegurança jurídica.

Manteve a Federação nominal sem dotar seus componentes de meios bem planejados e suficientes para funcionamento com autonomia.

Introduziu órgãos nacionais centralizadores que deterioraram ainda mais o perfil federativo, comprometendo os ideais originários da opção pela República.

Carece de redução, de instrumentos que permitam não a revisão de seu texto, mas de sua prática, e freiem os excessos ocorrentes, especialmente nos episódios ou tempos de poderes enfraquecidos.

A ordem constitucional requer mecanismos que permitam melhores definições, estabilidade política e segurança jurídica para que o Brasil seja merecedor da confiança de seu povo e dos investidores externos.

Referências

ALEIXO, Pedro. Imunidades parlamentares. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, 1961.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Legística, qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2010/lei-12376-30-dezembro-2010-609898-publicacaooriginal-131221-pl.html>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 68.726/DF Distrito Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. Acórdão de 28 jun. 1991 publ. no *DJ* de 20 nov. 1992, p. 21.612. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2868726%2E%2E+OU+68726%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z9nxvh9>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.797/DF Distrito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Acórdão de 15 set. 2005 public. no *DJ* de 19 dez. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138-6, Distrito Federal. Relator: Ministro Nelson Jobim. Acórdão de 13 jun. 2007, public. no *DJe* de 18 abr. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Acórdão de 17 fev. 2016 publ. no *DJe* de 17 maio 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 937, Rio de Janeiro. Relator: Ministro Roberto Barroso, julg. em 05 abr. 2018. Acórdão pendente de publicação. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 177.752, julg. em 05 abr. 2018. Acórdão pendente de publicação. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 21 set. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 20. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

ESTADO DE S. PAULO. Autonomia de fachada. São Paulo, 3 set. 2018, p. A3.

ESTADO DE S. PAULO. Respeito ao Legislativo. São Paulo, 14 set. 2018, p. A3.

ESTADO DE S. PAULO. A grandeza do Supremo. São Paulo, 15 set. 2018, p. A3.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

GRAU, Eros. Neoconstitucionalismo e direito alternativo. *Estado de S. Paulo*, 19 set. 2018.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *El federalista*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1974. p. 204-205. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 21 set. 2018.

LEROY-BEAULIEU, Paul. *L'état moderne et ses fonctions*. Paris: Librairie Guillaumin, 1891.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. As imunidades dos deputados estaduais. *Revista Brasileira de Direito Político*, Belo Horizonte, 1966.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Trad. Amando Lazaro Ros. Introducción de Luiz Rodriguez Aranda. Madrid: Biblioteca Agui- lar de iniciación política, 1976.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Edi- torial Ariel, Esplugues de Llobregat, 1976.

MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe*. 3. ed. Comentado por Cristina de Suecia y Napoleon Bonaparte. Buenos Aires: Editorial Claridad, Bi- blioteca Hombres e Ideas, 1974. v. 23, XIX.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1948. v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MONTESQUIEU, Baron de (Charles de Secondat). *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

REPÚBLICA FRANCESA. Embaixada da França no Brasil. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*. Disponível em: <https://br.amba-france.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 24 set. 2018.

“Não tenho dúvida de que esta Constituinte permitirá às mulheres brasileiras conquistas concretas e objetivas fruto tanto da sensibilidade deste Congresso em relação às teses progressistas do movimento de mulheres sobre a necessidade da igualdade de direitos, como também do trabalho permanente de uma ativa bancada feminina de apenas 25 mulheres Constituintes, num total de 559 Constituintes, o que nos dá uma relação de 534 homens para 25 mulheres, na defesa de ideias e propostas dessa parcela majoritária da população brasileira.”

Lídice da Mata

Deputada Federal integrante da Constituinte, em discurso proferido na sessão ordinária da Assembleia Constituinte de 7 de julho de 1988.



Democracia participativa no Brasil pós-88

Kildare Gonçalves Carvalho

Desembargador do TJMG; Professor de Direito Constitucional.

1 Razão de ordem

No dia 5/10/1988, às 15h38, foi promulgada a Constituição democrática brasileira, com 315 artigos, sendo 245 na parte permanente, com 32.000 palavras, e 70 no ADCT.

É a 7ª Constituição brasileira e a 6ª Constituição da República. Uma Constituição com 99 emendas, e mais 6 emendas de revisão, o que totaliza 105 emendas em 30 anos de vigência, a maioria delas votadas e aprovadas nos governos FHC e Lula. Nesses 16 anos (FHC e Lula), foi promulgada uma emenda constitucional a cada 4 meses de governo.

A Constituição de hoje não é a de 1988, mas aquela interpretada ou até mesmo reinventada pela jurisdição constitucional, cuja contribuição para a efetivação da democracia participativa, nesses 30 anos de vigência da Carta de outubro, é analisada e destacada neste estudo, sob uma perspectiva normativo-descritiva, com algumas indagações hermenêutico-pragmáticas.

A Constituição de 1988, na visão antropológica e sociológica de Gisela Bester (2005), é expansiva, como a maioria dos brasileiros; é exagerada, na sua dimensão normativa, como o brasileiro é exagerado nas cores fortes, nas mesas postas, na exibição das formas, na expo-

sição das vaidades. Falamos alto, furamos fila, mas somos solidários e acolhedores, sensíveis, emotivos e extrovertidos. Temos defeitos e qualidades, e a Constituição é o retrato do Brasil.

Tida como a mais extensa das Constituições em vigor, está, no entanto, longe de sê-la: a Constituição da Índia, com 137 mil palavras; a Constituição portuguesa, com 41 mil; os documentos constitucionais suecos, com 36 mil. A extensão média das Constituições dos Estados americanos é de 28 mil palavras, o que representa 88% da extensão da Constituição brasileira. No plano latino-americano, a Constituição mexicana contém 54 mil palavras, e a da Colômbia traz 49 mil. Chile, Uruguai e Equador são países que apresentam constituições detalhadas e minuciosas como a brasileira. Em termos comparativos, a Constituição brasileira é pouco maior que uma típica constituição latino-americana, que, em média, tem 25,4 mil palavras. Trata-se da tendência denominada de *grafomania constitucional*, expressão cunhada por Giovanni Sartori, que se verifica nas constituições promulgadas após a 2ª Guerra Mundial, por serem detalhadas e minuciosas (SARTORI, 1996).

No âmbito democrático, o art. 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988, ao dispor que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição, introduziu duas formas de democracia no Brasil: a representativa e a participativa, que, juntas, compõem a denominada democracia semidireta.

Passados 30 anos de vigência da Carta de outubro, pretende-se, neste texto, indagar se, no espaço do poder político e da cidadania, a representação política parlamentar tem contribuído para o avanço da democracia; se a democracia direta ou participativa tem sido usada de forma frequente e efetiva, e, ainda, se há necessidade de reforma constitucional, para que se garanta a democracia direta.

Finalmente, examina-se a contribuição, para a democracia participativa, das manifestações populares e das redes autônomas de comunicação, presentes no Brasil pós-88.

2 Constituição e democracia

A democracia tem sido concebida como o regime político que considera legítimos os conflitos, busca instituí-los como direitos, exigindo que sejam reconhecidos e respeitados. Nas sociedades democráticas, indivíduos e grupos organizam-se em associações e sindicatos, criando um contrapoder social que acaba por limitar o poder do Estado; a democracia é a sociedade verdadeiramente aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo.

Nessa perspectiva é que o poder democrático, além de limitado e dividido, é um poder *compartilhado*, porque funciona com base em interações dinâmicas e de responsabilizações recíprocas entre governantes e governados, e um poder *dialógico*, porque exige que todos procedam mediante o diálogo e de acordo com regras instituídas democraticamente. A democracia valoriza a participação e a representação, em que os representantes mantêm vínculos com os representados, os quais não apenas escolhem os seus representantes, mas atuam para interferir diretamente em todo o circuito de tomada de decisões.

Nos 30 anos de vigência da Constituição, o que mudou e o que é necessário mudar em termos de participação popular nas instâncias decisórias do poder?

Esse questionamento leva à consideração dos modelos semi-nais de democracia, que analisamos.

2.1 Democracia representativa

A democracia representativa tem cunho majoritário, pois a vontade da maioria parlamentar é que deve prevalecer na tomada de decisões. Deve-se considerar, no entanto, que a legitimidade do parlamento se assenta também na garantia dos direitos da minoria, já que é ela um centro de resistência à vocação concentradora de todo poder. Mas, para preservar esse equilíbrio, o essencial em uma democracia

representativa consiste na presença de mecanismos no sentido de garantir a não tirania da maioria e a impossibilidade de veto da minoria.

Nesse sentido, a representação é uma síntese disjuntiva, pois, simultaneamente, liga e aparta, associa e separa.

Outro fator que influencia na formulação da representação política é a presença, no quadro das instituições democráticas, dos partidos políticos, eis que a designação dos mandatários fica vinculada ao fenômeno partidário.

Uma análise do sistema representativo brasileiro tem-nos revelado uma crise de representatividade, podendo-se dizer que temos representação sem representatividade. Para as democracias contemporâneas, a representação passou a ser vista mais como um problema do que como uma solução.

Como fator de crise da representação política podem-se identificar as dificuldades técnicas trazidas pelo tipo e conteúdo dos temas discutidos no âmbito do parlamento, o que transforma a política, muitas vezes, em refém das referências tecnológicas, das estatísticas, das probabilidades e das valorações macro e microeconômicas. Acresça-se ainda o quadro de enfraquecimento do espaço público da política e da sua economização, em decorrência do processo de globalização da economia, fazendo com que as candidaturas percam a sua representatividade, pela homogeneidade de respostas, afastando a diferença, a alternância e a incerteza de resultados, que são próprios do sistema representativo.

Esse cenário faz com que os representados não disponham de mecanismos que lhes garantam monitorar e fiscalizar, efetivamente, as ações e omissões dos parlamentares.

Tais problemas levam à necessidade de reforma da própria representação, tendo em vista, sobretudo, garantir maior legitimidade do regime representativo.

Vivencia-se, nesse horizonte, uma alteração do paradigma de legitimidade, destacando-se a concepção de Habermas (2003), para

quem a construção legítima do direito se faz no âmbito do processo comunicativo, em que a participação política se instrumentaliza por um processo institucional de formação da opinião e da vontade públicas. Esse processo se desenvolve por meio de formas comunicativas que consubstanciam os princípios do discurso, nos vieses cognitivo e procedimental.

O paradigma deliberativo, que ultrapassa o sistema político, para abri-lo à participação dos cidadãos, é outra visão da teoria democrática e se sustenta na crença de que a deliberação dos atores sociais, sejam representantes, sejam representados, em fóruns públicos de debates e de negociação, possibilitará que o processo decisório nas sociedades complexas seja mais inclusivo e democrático.

A opinião pública que se forma nos espaços públicos acabará por influenciar a formação da vontade formal das instituições no processo de elaboração das leis, por meio dos denominados fluxos comunicativos.

José Luiz Quadros de Magalhães, ao abordar a crise da democracia representativa, acentua que

a democracia não é um lugar onde se chega. Não é algo que se possa alcançar e depois se acomodar, pois é caminho, e não chegada. É processo, e não resultado. Dessa forma, a democracia existe em permanente tensão com forças que desejam manter interesses, os mais diversos, manter ou chegar ao poder para conquistar interesses de grupos específicos, sendo que, muitas vezes, essas forças se desequilibram, principalmente com a acomodação da participação popular dialógica, essência da democracia que defendemos, e o desinteresse de participação no processo da democracia representativa, pela percepção da ausência de representatividade e pelo desencanto com os resultados apresentados (MAGALHÃES, 2006, p. 27).

De qualquer modo, pensamos que a democracia representativa justifica-se, porque apenas nela se distinguem: a) espaço público e

espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade; b) o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absorvida pelo cidadão total, como ocorreu na Grécia antiga e nos regimes totalitários do século XX; c) apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados e propicia o pluralismo e o contraditório no âmbito das assembleias representativas.

2.2 Democracia participativa

Tem-se ainda no Brasil a democracia participativa ou direta: é corpo e voz do participante, sem qualquer intermediação. Os democratas participativos pretendem substituir a representação e a votação competitiva, quando possível, pela discussão moldada no consenso. A democracia participativa opõe-se a todas as versões da democracia liberal que veem a política ativa como o domínio do governo.

Para se alcançar a democracia participativa, devem-se estimular procedimentos através de associações de bairros, liberdade de expressão, cogestão nas empresas, luta pelo direito das minorias, dentre outros, visando a promover a mudança da consciência do povo e diminuir a desigualdade social e econômica.

A democracia participativa, na dimensão de uma específica relevância de grupos de interesses, de associações e de instituições existentes na sociedade civil, significa o particular, o setorial, o grupo que se manifesta e obtém acesso e voz junto aos órgãos políticos. É a democracia plural de grupos, a democracia associativa, traduzindo um modelo de governar democrático que contrasta com um modelo competitivo ou situação *versus* oposição.

Como forma ampliada de participação popular, a Constituição de 1988 prevê o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular das leis.

Para além dessas formas de participação democrática direta, alguns enunciados constitucionais garantem a democracia participa-

tiva no Brasil, configurando mecanismos de participação e controle social, segundo a resenha de Paulo Sérgio Novais de Macedo:

- obrigação de os órgãos públicos prestarem informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, no prazo da lei (art. 5º, XXXIII);
- direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, *a*);
- reconhecimento da competência do Tribunal do Júri, de caráter eminentemente popular, de participação da sociedade no Poder Judiciário (art. 5º, XXXVIII);
- legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular, em defesa de direito difuso, objetivando anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII);
- participação da comunidade nas ações de seguridade social (art. 194, VII);
- participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos colegiados dos órgãos públicos, para defesa de interesses profissionais ou previdenciários (art. 10);
- colaboração de associações representativas da coletividade no planejamento municipal (art. 29, XII), dando origem ao orçamento participativo, em âmbito municipal, em diversas cidades brasileiras;
- colocação das contas dos municípios à disposição dos cidadãos, que poderão questionar-lhes a legitimidade e a legalidade (art. 31, § 3º);
- participação dos usuários na administração direta e indireta quando se tratar de prestação de serviços à comunidade (art. 37, § 3º);
- obrigatoriedade de a administração direta e indireta criar mecanismos para receber reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral (art. 37, § 3º). Esse dispositivo resultou na criação de ouvidorias e outras formas de atendimento aos usuários;
- acesso da sociedade a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII (art. 37, § 3º, II);

- disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (art. 37, § 3º, III), o que inspirou, além das ouvidorias, a criação das corregedorias no serviço público;
- instituição de conselhos de política de administração e remuneração de pessoal, em todas as esferas da Federação, com a participação dos servidores (art. 39);
- realização de audiências públicas das comissões do Legislativo com entidades da sociedade civil (art. 58, II);
- viabilização de corregedorias e ouvidorias, no âmbito do Legislativo, para receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas (art. 58, IV);
- legitimidade ao cidadão, partido político, associação ou sindicato, para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º);
- participação de seis cidadãos brasileiros natos, no Conselho da República (art. 89, VII);
- participação de dois cidadãos no Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, XIII);
- previsão de corregedoria, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (art. 103-B, § 5º, I);
- previsão de ouvidorias de justiça, no âmbito da União, Distrito Federal e Territórios, para receber reclamações e denúncias (art. 103-B, § 7º);
- participação de dois cidadãos no Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, VI);
- criação de ouvidorias do Ministério Público, em âmbito federal e estadual, para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público (art. 130-A, § 5º);
- fiscalização pela sociedade quanto às atividades das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção (art. 173, § 1º, I);
- participação do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes na política agrícola (art. 187);
- participação da comunidade na gestão administrativa das ações de seguridade social (art. 194, parágrafo único, inciso

- VII), o que deu origem aos Conselhos de Assistência Social;
- participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde (art. 198, III), o que deu origem aos Conselhos de Saúde;
 - participação da população, por meio de organização representativa, na formulação das políticas e no controle das ações da Assistência Social (art. 204, II);
 - colaboração da sociedade na promoção e incentivo da educação (art. 205) e gestão democrática da educação (art. 206, VI);
 - colaboração da comunidade com o poder público, para a proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º);
 - exercício, pela coletividade, do dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225);
 - participação das entidades não governamentais nos programas de assistência integral à saúde das crianças e adolescentes (art. 227, § 1º);
 - participação da sociedade no amparo às pessoas idosas (art. 230);
 - participação de representantes da sociedade civil no Conselho Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) (MACEDO, 2008, p. 188-190).

Ademais desses enunciados constitucionais que asseguram a participação popular, mencione-se, em nível normativo infraconstitucional, a figura do denominado *amicus curiae* (amigo da corte) e das audiências públicas, previstas na Lei nº 9.868/99, que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade, essas últimas também previstas na Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Trata-se de novidades relevantes que propiciam uma abertura do processo judicial para além de seus protagonistas e coadjuvantes oficiais.

Assim, o processo objetivo das ações diretas não se desenvolve mais num espaço fechado, reservado apenas às partes (autor e réu), ao juiz, ao escrivão, ao oficial de justiça, ao promotor de justiça, aos advogados, aos peritos e aos auxiliares do juízo e às testemunhas.

A abertura do processo e sua democratização, em especial no que se refere às audiências públicas, está a ocasionar o surgimento de um fato sociojurídico novo, que é a participação dos cidadãos na solução de questões submetidas à decisão judicial. É a onda de democratização que passa a influir no exercício da função jurisdicional.

De meros espectadores, os que participam dessas audiências passam a ser autênticos protagonistas do processo e do ato de interpretação da própria Constituição.

Trata-se de uma hermenêutica constitucional na sociedade pluralista de nosso tempo, que, segundo acentua Peter Häberle (1997), é atividade que, potencialmente, diz respeito a todos, e não a um evento exclusivamente estatal. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos, incluindo-se ainda os grupos de pressão organizados, a opinião pública democrática e, no processo político, como grandes estimuladores, a imprensa, o rádio e a televisão, a expectativa dos leitores, as iniciativas dos cidadãos, as associações, igrejas, teatros, editoras, escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais.

Assim, referidos grupos e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou em longo prazo (HÄBERLE, 1997, p. 19-28).

Essa problemática hermenêutica decorreu da constitucionalização dos direitos fundamentais, positivados nos textos constitucionais como verdadeiras “Cartas de Cidadania”, e não apenas catálogos de normas organizatórias do Estado e de suas competências, vertidos em estruturas normativas abertas e indeterminadas a reclamarem interpretação e aplicação dos princípios constantes da parte dogmática das constituições.

De qualquer modo, à democracia participativa não cabe o papel de substituir a democracia representativa, ou as instituições representativas, pois é no parlamento que são expostos e debatidos

argumentos contraditórios, onde são confrontados opiniões e argumentos. A opinião expressa em plebiscito escapa ao contraditório, fazendo com que uma parcela da população, sem a mediação do confronto argumentativo parlamentar, imponha o exílio interno dos dissidentes minoritários (SANTOS, 2007, p. 7-10, 146).

3 Democracia participativa e o seu uso político no Brasil pós-88

Neste tópico, buscamos analisar o uso político e a contribuição da democracia participativa no Brasil pós-88 e ainda o que, nestes 30 anos de vigência da Constituição, mudou e o que é necessário mudar em termos de participação popular nas instâncias decisórias do poder.

Segundo anota Leonardo Avritzer (2006), os mecanismos de democracia direta menos utilizados no Brasil democrático, de modo frequente, foram o referendo e o plebiscito, e o mais utilizado foi a iniciativa popular das leis. As instituições participativas que mais se multiplicaram foram os conselhos de políticas e os orçamentos participativos.

Com efeito, apenas dois plebiscitos foram realizados no Brasil pós-88: o primeiro, previsto no art. 2º do ADCT da Constituição e realizado no dia 21 de abril de 1993, envolvendo consulta popular acerca da forma de governo (república ou monarquia constitucional) e sistema de governo (parlamentarismo e presidencialismo); o segundo, de caráter regional, realizado no Estado do Pará em 11 de dezembro de 2011, envolvendo o desmembramento do Pará nos Estados de Tapajós e Carajás.

Por sua vez, um único referendo foi convocado para o dia 23 de outubro de 2005, sobre a comercialização de armas de fogo.

Já a iniciativa popular das leis tem sido a forma de participação ampliada mais utilizada no Brasil democrático: destaque-se a proposição de quatro projetos de leis, todos eles aprovados, ainda que através de processos diferenciados na Câmara dos Deputados.

Os quatro projetos apresentados foram: corrupção eleitoral, com um milhão de assinaturas, projeto apresentado pela CNBB; mudança na lei de crimes hediondos, com 1,3 milhão de assinaturas; projeto sobre o fundo nacional da habitação popular, com um pouco mais de três milhões de assinaturas; e projeto da lei da ficha limpa, com mais de dois milhões de assinaturas.

Entre esses projetos, apenas o primeiro se tornou lei a partir de uma rápida tramitação no Congresso Nacional, e os outros três se tornaram leis a partir de sua proposição por parlamentares.

Quanto à iniciativa popular das leis nos legislativos estaduais, são poucos os casos de sua apresentação, citando-se Minas Gerais, onde o Movimento Nacional de Luta pela Moradia conseguiu aprovar um fundo estadual para moradia popular em Minas Gerais, não tendo, contudo, logrado sua aprovação no Estado de São Paulo.

Relativamente à iniciativa popular para a apresentação de propostas de emenda à Constituição, não há previsão expressa no texto da Constituição Federal.

Dezesseis Estados-Membros da Federação brasileira, no entanto, já preveem essa modalidade de iniciativa: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe. Em Minas Gerais, foi apresentada uma PEC prevendo a iniciativa popular para as emendas à Constituição do Estado.

Observa-se ainda que se acha em tramitação no Congresso Nacional a PEC nº 3/2011, contemplando a iniciativa popular, inclusive por meio eletrônico, para os projetos de emenda à Constituição Federal.

Quanto às audiências públicas, embora previstas, como se viu acima, nas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, ainda são poucos os casos de sua convocação pelo STF. Até hoje, passados 19 anos de vigência dessas leis, menção deve ser feita às audiências públicas que se realizaram: a primeira, em 24 de abril de 2007, referente à ADI nº 3.510, que tinha

por objeto a Lei da Biossegurança; a segunda, em 27 de junho de 2008, decorrente da ADPF n° 101, em que se discutia a admissibilidade de importação de pneus usados; a terceira, em 26 de agosto de 2008, concluída nos dias 14 e 16 de setembro desse mesmo ano, na ADPF n° 54, em que se discutia a interrupção da gravidez, no caso de fetos anencéfalos; a quarta, nos dias 3, 4 e 5 de março de 2010, relacionada com a ADPF n° 186, sobre políticas de ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior.

Uma audiência pública realizou-se no dia 21 de novembro de 2013, na ADI n° 415, em que se pretendeu a inconstitucionalidade dos art. 20 e 21 da Lei n° 10.406/2002 (Código Civil), nos quais se conteria disposição que proibia biografias não autorizadas pelos biografados, e outra audiência pública foi também convocada e realizada nos dias 25 e 26 de novembro de 2013, nas ADIs n° 5.037 e n° 5.038, para subsidiar o julgamento das ADIs que impugnavam a Medida Provisória n° 621, de 8 de julho de 2013, que instituiu o denominado “Programa Mais Médicos”.

Fora de processos relativos a ações diretas de inconstitucionalidade, o STF realizou uma audiência pública relativa à implementação de política pública pelo Judiciário, a denominada audiência pública da saúde, em que se discutia a legitimidade de determinações judiciais quanto ao fornecimento de remédios e internação hospitalar. Tratava-se de Agravo Regimental referente à suspensão de liminares, de tutela antecipada e de mandados de segurança relativos ao tema. A audiência iniciou-se no dia 27 de abril e terminou no dia 7 de maio de 2009.

Finalmente, ocorreu uma audiência pública sobre a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação, iniciada em 3 de agosto de 2018 e encerrada no dia 6 desse mesmo mês e ano (ADF n° 442).

As práticas participativas que mais têm influenciado as políticas públicas no Brasil, como se verificou, vêm sendo efetivadas, em

termos institucionais, mediante conselhos de política e de orçamentos participativos.

Os conselhos de política envolvem os setores de saúde, assistência social, criança e adolescente, políticas urbanas e meio ambiente. Tais conselhos são instituições híbridas nas quais têm participação representantes do Poder Executivo e da sociedade civil, incluindo ONGs.

Os orçamentos participativos têm sido articulados principalmente no âmbito municipal. Apesar de os orçamentos participativos e os conselhos serem as principais formas de participação em nível local e de participação no Brasil pós-88, há necessidade de se articularem com os Legislativos locais e adquirirem mais legitimidade na política local, pois a legislação enquadra os conselhos de política apenas na estrutura do Executivo.

De outra parte, o que o uso dos mecanismos da democracia semidireta (plebiscito, referendo e iniciativa popular), como previstos no parágrafo único do art. 1º, no art. 14, I, II e II, e no art. 49, XV, da Constituição da República, tem revelado é que esses três instrumentos, combinados com o sistema representativo no parlamento, permanecem muito vinculados ao funcionamento do Congresso Nacional. Não tem havido uma proporção correta entre participação e representação.

Com efeito, o plebiscito de 1993 surgiu a partir de polêmicas internas à Constituinte, e não de um debate mais expressivo da opinião pública, e o referendo de 2005 sobre o desarmamento teve sua origem em um impasse surgido durante a elaboração do estatuto do desarmamento no Congresso Nacional, em que a proposta de proibir a comercialização de armas para toda a população civil encontrou oposição de grupos conservadores. O referendo foi então convocado, não no sentido de ratificar uma lei, mas transferir para os eleitores uma decisão que causava impasse no Congresso.

Os casos de iniciativa popular, por sua vez, foram prejudicados por um procedimento pouco claro de tramitação no Congresso,

o que não deu à iniciativa prioridade na tramitação legislativa, sendo apropriada por parlamentares que encamparam os projetos, como, ademais, se acha previsto nos próprios regimentos internos das Casas Legislativas (AVRITZER, 2006).

Necessário, portanto, um novo arranjo institucional e normativo, para que a participação popular, nesse contexto, adquira autonomia e independência perante o Congresso Nacional, tenha um nexo mais societário, pois somente assim a participação e a representação poderão complementar déficits ou incompletudes uma da outra.

Uma das alterações normativas poderia ser a introdução, no texto constitucional, de cláusula dando prioridade aos projetos de iniciativa popular, quando de sua tramitação nas Casas Legislativas, bem como a redução do percentual de assinaturas necessárias para a apresentação desses projetos de lei.¹

Esses arranjos complementariam ainda, do ponto de vista institucional, o potencial da representação política na sociedade contemporânea, pois a eleição não é suficiente para tornar os governos representativos verdadeiramente democráticos, se se retirar dos cidadãos a possibilidade de obter informações suficientes para avaliar os governantes e ameaçar os parlamentares com sua não reeleição.

Registre-se ainda, nesse cenário, o paradigma da democracia deliberativa, cuja sustentação está na crença de que a deliberação de representantes e representados, em fóruns amplos e debates de negociação, é que tornará o processo decisório, nas sociedades complexas, mais inclusivo e democrático.

Nesse quadro paradigmático, o que poderíamos dizer quanto ao plebiscito sugerido pelo Executivo e cuja proposta se acha em tramitação no Congresso, para a reforma política?

¹ Pela redação atual do art. 61, § 2º, da Constituição da República, a apresentação de projeto de lei de iniciativa popular está condicionada à subscrição de, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Não se pode desconsiderar que a sugestão do plebiscito pelo Executivo foi válvula de descompressão política da ex-Presidente da República relativamente às manifestações de junho de 2013.

Também não se pode desconhecer que, embora relacionado com a insatisfação popular, o plebiscito tem forte ligação com a incapacidade do Congresso Nacional de promover uma reforma política que dê resposta aos movimentos populares.

Desse modo, embora haja um vínculo societário inicial da consulta popular, diferentemente do primeiro plebiscito a que nos referimos, neste texto, e do referendo sobre o desarmamento, o plebiscito em debate também se relaciona com polêmicas internas no Congresso Nacional acerca de um modelo de reforma política.

Fala-se também na dificuldade de se submeter à consulta popular temas complexos, como financiamento de campanha: público, privado ou misto; definição de sistema eleitoral: proporcional ou distrital; existência da suplência de senadores; fim ou manutenção das coligações partidárias e do voto secreto no parlamento. O plebiscito é um mecanismo que se usa para perguntas gerais e que não exigem conhecimentos técnicos.

Pela complexidade e extensão dos temas que envolvem uma reforma política, eventual consulta plebiscitária pressuporia um amplo debate e informação, que devem ser garantidos aos eleitores, para se evitar que seja utilizada como manipulação histórica e política pelos detentores do poder.

Mais adequado seria o referendo popular?

O Grupo de Trabalho destinado a estudar e apresentar propostas referentes à reforma política e à consulta popular sobre o tema encaminhou ao Presidente da Câmara dos Deputados uma minuta de Proposta de Emenda à Constituição, prevendo várias mudanças em nosso sistema político, entre elas o fim da reeleição para cargos no Executivo, o fim do voto obrigatório, facilidades para a criação de par-

tidos políticos, medidas para restringir a atuação de legendas políticas, engessamento de alianças eleitorais, criação do voto distrital misto e teto de despesas para campanha eleitoral, cabendo ao partido político optar pelo modo de financiamento, se privado, misto ou só público.

Consta ainda da proposta de reforma política a previsão de um referendo popular, para os eleitores avaliarem mudanças apenas no sistema eleitoral, que forem aprovadas pelo Congresso Nacional.

Como grande parte das medidas propostas não obtiveram consenso no Grupo de Trabalho da Câmara dos Deputados, pode-se dizer que, na eventual convocação do referendo, há o mesmo vício apontado neste texto, qual seja pretende-se transferir para o povo a decisão de temas que causam impasse interno no Congresso. O referendo, portanto, não tem um vínculo societário, mas configura manipulação política com o objetivo de resolver problemas internos do próprio Legislativo.

4 As manifestações populares e as redes autônomas de comunicação no Brasil democrático

Por último, fenômeno novo ligado à democracia participativa, nestes 30 anos de vigência da Constituição de 1988, foram as manifestações populares de junho de 2013.

Manuel Castells (2013), em recente livro, abordou uma vertente dos movimentos sociais que poderíamos inserir no perfil da democracia participativa, traduzida no modelo de manifestação social que nasceu na Tunísia, passou pelo Egito e outros países árabes e chegou ao Brasil.

O sociólogo espanhol afirma que as relações de poder são constitutivas da sociedade, porque aqueles que o detêm constroem as instituições segundo seus valores e interesses. Para o autor, há dois caminhos para exercer o poder: pela coerção ou pela construção de significados na mente das pessoas. E ainda: onde há poder, há con-

trapoder. Para que os cidadãos possam produzir e manejar mensagens de modo autônomo, precisam ter capacidade de se organizar em rede e de exercer contrapoder também de modo autônomo, por meio de mídias não tradicionais, como a internet, como no Brasil de junho, em que as manifestações e os protestos nos espaços urbanos foram convocados pela internet e constituídas redes nos ciberespaços. Essas redes de indignação e de esperança, segundo Castells, levam ao empoderamento dos cidadãos, à sua autonomia comunicativa e à consciência dos jovens de que tudo que sabemos do futuro é que eles o farão (CASTELLS, 2013, p. 10, 182).

É importante destacar, todavia, a advertência de Marilena Chauí (2013), para quem o grande perigo das redes é a ausência de contraponto. A internet, além do controle e da vigilância, opera magicamente, sem mediações, sendo um mundo em que as coisas acontecem imediatamente “porque eu quero”. Não tem a referência da economia, da política institucional, a referência à luta de classes, nem a mediação das formas organizadas da sociedade. Esse universo mágico, que é o universo do desejo sem mediação, pode levar ao universo da violência, do fascismo. Necessário, pois, que haja um contraponto com elementos de realidade para mediar o universo da tecnologia mágica, tal como a democracia participativa não exclui a representatividade da democracia representativa.

Referências

AVRITZER, Leonardo. Reforma política e participação no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006.

BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005. v. 1.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CHAUI, Marilena. Entrevista. *Caros Amigos*, ano XVII, n. 197, p. 13, 2013.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição — contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, n. 178, abr./jun. 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. t. III.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O paradoxo de Rousseau: uma interpretação democrática da vontade geral*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1996.

“ Temos, agora, a oportunidade histórica de reduzir a um mínimo excepcional a distância entre o Brasil que temos e o Brasil que queremos. ”

Rita Camata

Deputada Federal integrante da Constituinte, em discurso proferido na sessão ordinária da Assembleia Constituinte de 14 de janeiro de 1988.



As transformações ocorridas no Poder Judiciário nos 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988 com enfoque na análise das decisões dos Tribunais Superiores, em específico o caso do Registro de Candidatura nº 11.532

Lilian Maciel Santos

Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG);
Pós-Graduada em Processo Civil pela Universidade Gama Filho,
no Rio de Janeiro (UGF); Juíza de Direito da 2ª Vara da
Fazenda Pública Estadual e Autarquias de Belo Horizonte.

1 Introdução

Este trabalho tem por objetivo primeiro trazer à reflexão o papel que vem assumindo o Poder Judiciário em nosso país ao longo dos 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988.

Num segundo momento, propusemo-nos a contextualizar o atual cenário vivenciado pelo Poder Judiciário, em que é chamado a decidir em todas as questões, com enfoque na análise de um caso em

específico, referente ao Registro de Candidatura nº 11.532, julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

A partir desse caso, observaremos os argumentos trazidos ao debate jurídico para chegarmos à conclusão de que — longe de serem uma solução — trazem à tona o tormentoso fenômeno de *judicialização* da política e das relações sociais introduzidas para o campo do Direito e para as decisões emanadas do Poder Judiciário, em particular, da Corte Máxima e dos Tribunais Superiores.

Verificaremos como é difícil a missão de julgar ante a dualidade existente entre interpretar com ou sem enfoque na realidade social e até que ponto a escolha pode prejudicar o sistema jurídico.

2 Começando do começo

Ingressei na Universidade Federal de Juiz de Fora, no curso de Direito, precisamente no ano de 1988, deparando-me, já no primeiro período, com a disciplina de Direito Constitucional.

Tudo novo para nós alunos, assim como para os professores. Afinal, situando o contexto histórico, estávamos saindo de um período de ditadura, em que, até então, vigia a Constituição de 1967, que foi largamente emendada em 1969, marcada por restrições aos direitos e garantias individuais, próprios do regime político então vigente.

Assim, o que estava por vir através da denominada Constituição Cidadã era algo que jamais o cidadão brasileiro havia experimentado, considerando que, na história de nosso país, vivemos períodos alternados de restrição de direitos, o que não foi exclusivo da época em que se deu a revolução de 1964.

Nesse contexto, o que esperar desse novo ordenamento constitucional que abria suas portas logo no seu artigo primeiro estabelecendo que a República Federativa do Brasil constituía-se em um “Estado Democrático de Direito” e que tinha como fundamentos, dentre

outros, a “dignidade da pessoa humana”, e tendo como um dos objetivos promover uma “sociedade livre, justa e solidária”, era ainda uma grande incógnita.

Iniciados os estudos sobre essa nova Constituição, recordo-me de ter adquirido, logo de plano, a obra clássica de José Afonso Silva e, debruçando-me sobre conceitos e institutos da nova Carta, chamavam-me a atenção, em particular, as denominadas “normas programáticas”, que, à época, eram conceituadas pelo referido autor como sendo:

Aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2003, p. 34-35).

Àquela época, pensava-se nesse tipo de norma como “normas-fim” ou “normas-tarefa”. Assim é que a interpretação que se dava, naquele momento inicial, era a de que referidas regras encerravam uma conotação de categorias de normas de “simples programas” ou, até mesmo, de “promessas”, desprovidas de obrigatoriedade e incapazes de vincular o legislador ou os órgãos estatais na consecução de seus objetivos.

Isso significa que as normas-fim, na realidade, não possuíam efetividade e obrigatoriedade, revestindo-se apenas de meros programas legislativos ou propostas de sugestões que poderiam ou não ser efetivadas pelo Estado. O Poder Judiciário, naquele momento, contentava-se em observar, numa posição de mero expectador, sem nem de longe imaginar que poderia intervir numa seara de outro Poder da República. Nem vai aí uma crítica, afinal, o Poder Judiciário não tinha consciência da dimensão axiológica da proposta do artigo primeiro da

Constituição Federal e, tampouco, da possibilidade de tornar-se o protagonista, suprimindo a omissão dos outros Poderes.

E o tempo passou... E fomos maturando esses conceitos. Muitos iniciantes no estudo do Direito de hoje não têm a mínima percepção do que foi essa evolução ao longo desses 30 anos da Constituição de 1988, justamente porque já se inseriram num contexto de ápice do fenômeno da jurisdição constitucional, em que a participação do Poder Judiciário é ativa e capilar, atuando em todos os ramos do Direito, modificando inclusive a forma de interpretar a Constituição.

É, precisamente, nesse ponto, que verificamos a evolução do Poder Judiciário. Houve uma fundamental mudança de papéis, de expectador passou a ator. Acresce-se a esse fato a clara existência de um protagonista principal e de maior relevo que é o Supremo Tribunal Federal, ao qual passamos a voltar nossa atenção, ante sua atuação fundada na proteção dos direitos e garantias esculpidos na Constituição Republicana.

Naquele momento dos idos de 1988, o Poder Judiciário estava impregnado do positivismo jurídico, e existia uma tentativa de purificar o direito da valoração do intérprete.

O Positivismo Jurídico considera o direito como um juízo de fato, em que há a ponderação sobre algo real que representa uma tomada de conhecimento da realidade e tem como finalidade informar, pois se trata de uma constatação objetiva, e não um juízo de valor, que tende a ser subjetivo, pois os valores são pessoais e têm como finalidade persuadir.

A definição de valores, como o belo, o bom, o justo, difere de pessoa para pessoa, pois representa uma tomada de decisão frente à realidade, e, justamente por isso, o positivismo passa ao largo dessas questões referentes ao juízo de valor, desconsiderando como tal o Direito Natural, a evolução social e a compatibilidade da norma com os anseios sociais.

Esse era, portanto, o contexto da época, que foi evoluindo ante a constatação da impossibilidade de separar o Direito da valoração dos fatos. Afinal, o Direito é fruto dos resultados da sua aplicação a partir da interpretação que dele se faz. Exatamente por isso, chegou-se à conceituação do “direito artificial”, no sentido de que o Direito “é produto do homem e da mente humana, controlável pelo homem que é, portanto, responsável pelos resultados que obtém de sua aplicação”, na lição de Hobbes, segundo Zaneti Júnior e Pereira:

[...] Afinal, o direito é artificial e todas as leis escritas, ou não, precisam de interpretação do homem. E mais, o homem, na sua condição de ser humano, é dotado de subjetividade e ignorá-la não fará com que a valoração do intérprete desapareça. A carga valorativa contida em toda e qualquer interpretação é ineliminável, mas controlável com o auxílio da hermenêutica e da analítica (HOBBES *apud* ZANETI JÚNIOR; PEREIRA, 2016, p. 24).

Então, com a abertura oferecida pela Constituição Republicana de 1988, recheada por conceitos abertos, passou a existir um campo fértil para que o Poder Judiciário abandonasse a visão descritiva sob a ótica externa do Direito, para assumir uma dimensão de compreensão do Direito sob uma ótica interna, como passo necessário para se definir a validade da própria norma a ser aplicada.

Como bem destaca Bustamante, citando Hart:

A teoria jurídica de Hart, ao atrair a atenção para o denominado ‘ponto de vista interno’, contém o germe para a destruição do ontologismo essencialista que caracteriza as teses filosóficas do positivismo descritivo, já que este ponto de vista (interno) reclama uma abordagem hermenêutica do filósofo do direito (HART *apud* BUSTAMANTE, 2015, p. 307-327).

Com essa abertura, vivenciamos, a partir da década de 90, um momento de protagonismo judicial intenso. Um Poder Judiciário cada

vez mais proativo, inclusive com inserções no campo das políticas públicas, não nos olvidando da devida distinção entre judicialização e ativismo judicial, esse último pernicioso, pois revela a denominada *ditadura da toga*.

Nesse contexto histórico, o Poder Judiciário tem o papel de compreender a norma, e esse resultado é que, baseado num discurso jurídico motivado e longe de singelos argumentos de autoridade, cria o verdadeiro Direito, para a pacificação das relações sociais.

Passamos ao largo, portanto, de conceber a função do julgador como mero aplicador da lei, o que fez lembrar François Rabelais, que criou a figura do *Juiz Bridoye*, que sentenciava, nos processos, pela sorte nos dados, ao fundamento de que os modernos gostam da brevidade, e assim escreve, com astúcia:

[...] Notam que a sorte é muito boa, honesta, útil e necessária à solução do processo e dissensões, em seus aspectos essenciais: ‘Faço como vós, senhores, como é uso na judicatura, ao qual o nosso direito manda sempre sujeitar-nos [...]. Tendo bem visto, revisto, lido, relido, passado e folheado as queixas, adiamentos, comparações, comissões, informações, antecipações, produções, alegações, contestações, réplicas, tréplicas, pareceres, despachos, interlocuções, retificações, certidões, protelações, escrituras, agravos, ressalvas, ratificações, confrontações, aca-reações, libelos, apostilas, cartas reais, compulsórias, declinatórias, antecipatórias, evocações, remessas, contra-remessas, baixas, confissões, suspensões, prosseguimentos, e outros incidentes, provocados por uma ou outra parte [...], coloco na extremidade do gabinete toda a papelada do réu e tiro-lhe a sorte [...]. Isso feito, coloco a papelada do autor [...] na outra extremidade da mesa [...]. E então uso os meus dadinhos [...]. Tenho outros dados bem bonitos e harmoniosos, os quais uso, [...]. quando a matéria é mais clara, quer dizer: quando a papelada é menor (RABELAIS, p. 578).

Longe desse tipo de julgador, o Poder Judiciário tomou lugar de destaque no cenário do país e o ato de sentenciar passou a ser visto como um ato político de vontade.

O Direito não é a norma. Da mesma forma, as normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Os dispositivos constituem-se no objeto da interpretação, e as normas, no seu resultado (ÁVILA, 2003, p. 22).

A função do jurista não é, portanto, a mera descrição de um significado previamente dado, mas um ato de decisão que constitui a significação e o sentido de um texto, nas palavras de Humberto Ávila (2003).

3 Como separar o joio do trigo — o que é de Direito e o que é dos outros campos da ciência na busca da melhor forma de decidir

Chegamos então à tormentosa questão desse breve ensaio: como o Poder Judiciário vem se comportando ao longo desses 30 anos, à luz dessa hipertrofia de suas funções constitucionais, em que tem a possibilidade de criar a norma, à luz da significação que atribuir?

É essa a indagação feita por Dworkin, sobre a possibilidade ou não de os juízes decidirem casos, valendo-se de fundamentos políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas aquela tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos e devem ser levados em conta (DWORKIN, 2000).

O debate apresenta uma distinção importante entre dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões, que, segundo o mesmo autor, se dividem em argumen-

tos de princípios políticos e argumentos de procedimento político. Importante, portanto, estabelecer a distinção. Os primeiros — argumentos de princípios políticos — recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais; os segundos — os argumentos de procedimentos políticos — exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público.

Dworkin observa que nem mesmo nos Estados Unidos, onde o sistema jurídico é calcado no costume, os *argumentos de procedimento político* devem prevalecer, pois não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre qual política pública deve ser adotada (DWORKIN, 2000). Isso porque as opções políticas relacionadas ao bem-estar geral — ou o que Habermas chamou de *poder de disciplinar relações futuras* — não podem ser tomadas por quem não tem legitimidade para tanto, como é o caso do Poder Judiciário (HABERMAS, 1997).

Dessa forma, os argumentos de procedimento político exigem que uma decisão promova algum objetivo coletivo, ou alguma concepção de bem-estar geral, enquanto os argumentos de princípio político justificam decisões a partir do respeito a um direito político de um cidadão individual. Assim, enquanto o legislador pode decidir com base em argumentos de princípio político e em argumentos de procedimento político, o julgador, diante de um caso controverso, pode e deve decidir com base em argumentos de princípio político, mas nunca invocando argumentos de procedimento político (DWORKIN, 2002).

O argumento de princípio não se estabelece a partir de um balanceamento de interesses contrapostos, de uma tentativa de distribuição de recursos para a comunidade, nem na vontade da maioria. O argumento de princípio estabelece-se tão somente a partir da consideração do indivíduo, como sujeito moral.

Como sabido, esse modelo está sujeito a críticas, pois o método hermenêutico torna o sistema fechado e, muitas vezes, inoperável,

considerando que sempre analisa a questão sob a ótica das regras e princípios, desprezando as interações sociais e inovadoras.

Habermas, ao contrário, apresenta uma sugestão procedimentalista de atuação das cortes constitucionais, de sorte que o entendimento resulta de um ambiente discursivo, do qual sobressairá o melhor argumento. O autor assevera que a tensão entre facticidade e validade, entre a positividade do direito e a legitimidade pretendida não pode ser menosprezada nem ignorada. Ressalta que os argumentos favoráveis à legitimação do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal e também com os princípios éticos de uma conduta de vida autorresponsável, projetada conscientemente (HABERMAS, 1997).

Para o filósofo, direitos humanos e princípio da soberania formam as ideias sobre as quais ainda é possível justificar o direito moderno. Assim, será através do discurso que se pode formar uma vontade racional, e a legitimação do Direito reside, portanto, em arranjos comunicativos. Desconsiderar ou omitir o debate sobre questões de interesse público torna-se um risco para a concretização da justiça. A ação comunicativa pressupõe o diálogo, a crítica e o contraste das ideias, do qual se chegará a um resultado entre os interlocutores.

Assim, a denominada “teoria do discurso” atribui ao próprio procedimento a formação democrática da opinião e a força geradora de legitimidade, que se desenvolve através da troca e revisão dos argumentos. Nesse contexto, essa racionalidade não é exclusiva do Poder Legislativo, mas deve perpassar também pelo Judiciário. Desse modo, o julgador não detém o monopólio de dizer o direito, no sentido de não buscar um discurso legítimo e democrático com a sociedade.

Nesse sentido, Francco afirma:

O modelo de decisão judicial atual é um padrão universal de uma tradição rígida. Contestá-lo soa como sacrilégio. Ora, se o mundo é realmente desconhecido e em constante mudança, é

duvidosa a efetividade de um modelo que delega poderes a poucas pessoas sem o devido controle da coletividade. Portanto, faz-se necessário o controle dos atos judiciais pela sociedade, conforme defendem Michelman e Habermas, já que o uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Há que se entender também que os juízes, ainda que não representantes do povo, tal como os membros do Poder Executivo e principalmente do Legislativo, ao emitirem decisões, devem emanar a vontade do povo, por meio da legitimação constitucional (FRANCCO, 2013, p. 13).

Certo é que, diante de todo esse cenário, vivenciamos o Poder Judiciário ao longo desses 30 anos da Constituição Federal, buscando uma definição de seu papel, em que várias decisões da Excelsa Corte buscam nos teóricos mencionados a legitimidade de suas decisões.

Com isso, fica difícil responder à pergunta inicial de como separar o joio do trigo: o julgador deve buscar uma hermenêutica fundada na análise de regras e princípios à luz de nossa Constituição, ou pode e deve buscar uma solução a partir de um discurso argumentativo e dialogado com outras fontes externas? O que torna a decisão mais legítima? Qual feição o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado adotar?

Assim, o que vivenciamos é um momento em que não é possível afirmar a existência de uma solução correta. Podemos nos deparar com várias alternativas, todas elas igualmente legítimas, a serem aplicadas ao caso concreto. Por conta disso, em grau maior ou menor, toda decisão implica o exercício do poder discricionário por parte do juiz.

Contudo, esse poder discricionário é controlável através da motivação. Ou seja, somente poderemos cogitar a legitimidade das decisões que estiverem calcadas em um discurso jurídico justificativo.

Acrescido a esse discurso argumentativo, ainda temos outro ingrediente que é o diálogo com a sociedade. Observa-se, nesse atual

momento de grande maturidade da Constituição de 1988 e de nossa sociedade e de uma hipertrofia do Judiciário, mormente do Supremo Tribunal Federal, que a grande polêmica reside em mensurar até que ponto a discricionariedade do Poder Judiciário, mesmo que fundada no discurso jurídico, deve ou não conceder um “espaço público”, no qual todos os interessados possam participar para o aprimoramento do sistema jurídico.

Essa ressignificação do discurso jurídico que tenha mais legitimidade na sociedade (repercussão social) seria o modelo a ser objetivado pelo Poder Judiciário?

Como ensina Cattoni de Oliveira:

O Direito deve fundar-se tão somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa ‘vontade geral’ republicana, mas com a institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 142).

Estabelecidas tais balizas e voltando ao cenário atual da atuação do Poder Judiciário, temos exatamente o ponto fulcral das discussões em torno das decisões dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, acerca da possibilidade de elas levarem em conta aspectos políticos, éticos, morais ou econômicos, pulsantes, num contexto histórico e social do momento, e qual a dimensão e correta extensão a serem dadas.

Para tanto, propomo-nos a estudar o caso referente ao recente julgamento ocorrido no Registro de Candidatura nº 11.532, de relatoria do Min. Luiz Roberto Barroso no Tribunal Superior Eleitoral, ocasião em que foi julgada procedente a impugnação ao registro da candidatura ao cargo de Presidente da República do postulante.

4 Um *hard case* em razão da tese jurídica ou por força do clamor da sociedade?

A questão do RC nº 11.532 no TSE envolveu a possibilidade ou não da incidência de causa expressa de inelegibilidade de candidato ao cargo máximo do Poder Executivo em nosso país para as eleições de 2018.

Fazendo um breve retrospecto sobre a matéria envolvendo a batizada Lei da Ficha Limpa, houve uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 29, que tratava da constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/10, que introduziu a possibilidade da inelegibilidade a partir da condenação colegiada, ainda que não definitiva, dentre outras questões.

Naquela ocasião, o i. Relator Min. Luiz Fux fez uma contextualização da necessidade de se atentar para a legitimidade das decisões, no que toca ao aspecto de sua repercussão social. Ao tratar do princípio da presunção da inocência, o Relator estabeleceu que a referida presunção não deveria se estender para além do âmbito penal e processual penal, fundamentando essa afirmativa na possibilidade de *overuling* de um precedente, que pode advir da “obsolescência decorrente de mutações sociais”.

Assim, na medida em que a sociedade amadureceu, assim também devem as instituições acompanhar esse desenvolvimento, de sorte que considerar a presunção de inocência como um dogma que tenha capilaridade para todos os demais ramos do Direito não seria uma situação sustentável. Na lição de Patrícia Perrone Campos Mello sobre a importância de uma harmonia entre o Direito e a vida real:

[...] a incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação

de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas alvitará o sentimento de segurança do cidadão comum. Este será surpreendido sempre que não houver uma convergência plausível entre determinada solução e aquilo que seu bom senso e seus padrões morais indicam como justo, correto, ou, ao menos, aceitável, à luz de determinados argumentos, porque são tais elementos que ele utiliza, de boa-fé, na decisão sobre suas condutas. Para o leigo, a certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real. Em virtude disso, embora, para os operadores do Direito, justiça e segurança jurídica possam constituir valores em tensão, para os jurisdicionados, em geral, devem ser minimamente convergentes (MELLO, 2015, p. 49-50).

Dessa forma, podemos extrair que princípios, regras, presunções são variáveis dentro de um contexto histórico e, justamente por conta disso, não se cristalizam nem se eternizam. A evolução da sociedade traz à baila a necessidade de o Poder Judiciário estar atento. O eventual descontentamento de grupos da sociedade leva a Excelsa Corte a ter um protagonismo político que acaba sendo inexorável. Esse papel não se confunde com ativismo judicial, mas sim com a realização da Constituição como norma efetiva.

Percebe-se que a atuação do Poder Judiciário é a de velar pelo respeito e pela concretização da Lei Maior, atento a que a liberdade política de conformação dos órgãos de soberania é normativizada e limitada pelo texto constitucional. Nas palavras de Ruy Barbosa, “quem dá às constituições realidade não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as registra: é a magistratura que as defende” (BARBOSA, 1960).

É com essa realidade social, política e econômica que devem as decisões judiciais dialogar, sempre se apoiando no substrato normati-

vo-constitucional. A atividade política, manifestando-se, quer por atos executivos, quer legislativos, torna-se controlável pelos órgãos jurisdicionais, máxime pelos tribunais constitucionais. É nesse universo relativo à defesa da Constituição que se coloca com maior acuidade a questão jurídica e da democracia participativa. Já que superamos a era do positivismo jurídico, torna-se inconcebível, nessa linha de raciocínio, que as decisões da Excelsa Corte não busquem ao menos dialogar com a realidade da sociedade.

Volvendo à questão da presunção de inocência, no contexto histórico do momento da promulgação da Carta Magna de 1988, saindo de um período de restrição dos direitos e garantias individuais, era normal, previsível e desejável que se hipertrofiassem as tutelas referentes à liberdade do cidadão. Nessa toada, o cerceamento da liberdade somente deveria ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, quando houvesse a certeza jurídica.

Contudo, passaram-se 30 anos. A nova realidade é uma sociedade agastada com uma interpretação exacerbada e romântica da presunção de inocência que, inclusive, se infiltra em outras searas do Direito. À guisa de exemplificação, nas investigações sociais de candidatos em concurso público, é invocada a presunção de inocência, olvidando-se que a idoneidade moral não se confunde com aquele instituto.

Enfim, firmamos a consciência do que deve ser a Democracia e o próprio Estado de Direito. Justamente por conta disso e na esteira do entendimento da ADC 29, é que o conceito de presunção de inocência poderia e deveria se amoldar à nova realidade vivenciada pela sociedade. Foi esse o *overuling* proposto e o aspecto político da decisão da Excelsa Corte, fundada em um interesse coletivo. Constatou-se a atual necessidade de relativizar uma presunção que foi — por um longo período — tida por absoluta, ante a uma necessidade existente no contexto histórico de 30 anos atrás.

Essa nova postura de um discurso jurídico dialogado encontra justificativas, portanto, plenamente razoáveis e legítimas. Nas palavras do Konrad Hesse:

[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral (HESSE, 1998, p. 20).

John Hart Ely propõe uma concepção procedimental de democracia, segundo a qual o Judiciário está legitimado para defender a representação dos cidadãos por meio de uma interpretação da Constituição que assegure as condições de desenvolvimento do jogo democrático. Assim, a questão central consiste no fato de que “um corpo que não é eleito ou, de outra forma, politicamente responsável, ou em qualquer outra forma, estará dizendo aos representantes eleitos pela população que eles não podem governar como gostariam” (ELY, 1995, p. 5).

Por isso há que estar alerta, uma vez que, como adverte Elival da Silva Ramos, na distinção entre questões políticas e jurídicas, nem sempre é possível conseguir verificar a diferença ontológica entre o ativismo judicial e a correta prestação jurisdicional (RAMOS, 2015).

Essa questão nos remete à indagação se o juiz, no caso, a nossa Corte Constitucional, poderia decidir casos utilizando fundamentos políticos, sob o amparo de que “certos princípios de moralidade política são corretos”, na denominação dada por Dworkin (2000, p. 3).

Exatamente por isso, o STF pode se deparar com uma situação tormentosa, na medida em que, por um lado, devem-se proteger os di-

reitos fundamentais e o regime democrático, e, do outro, há um clamor da sociedade exigindo uma postura oposta. Ou seja, a Corte Constitucional deve estar atenta à divergência e à contestação que exsurge do contexto social quanto às suas decisões.

Essa questão é denominada, no direito norte-americano, de *backlash*, que se iniciou a partir do caso *Furman v. Georgia*, em 1972, ocasião em que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por 5 a 4, que a pena de morte seria incompatível com a oitava emenda da constituição daquele país, que proíbe a adoção de penas cruéis e incomuns. A sociedade não reconheceu a legitimidade dessa decisão, na medida em que, a partir de então, houve o fortalecimento dos conservadores, que saíram vitoriosos nas eleições, passando a ocupar vários cargos nos poderes executivo e legislativo, trazendo, na bagagem, a necessidade de endurecimento da legislação penal. A partir desse novo cenário, foram aprovadas leis penais ainda mais rigorosas, inclusive ampliando a pena de morte.

Com isso, em 1976, houve a reavaliação, pela corte norte-americana, da decisão proferida em *Furman v. Georgia*, que passou a entender que, observadas algumas condições, a adoção da pena de morte seria compatível com a oitava emenda da constituição, permitindo que os estados federados continuassem a prever a pena capital para os crimes mais graves.

Essa situação exemplifica como o efeito *backlash* pode ser pernicioso, pois, na lição de George Marmelstein Lima, “[...] é uma espécie do efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo” (LIMA, 2015).

Nessa perspectiva, condensa o referido autor as consequências do *backlash* no Direito:

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1)
Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário pro-

fere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão (LIMA, 2015).

Voltando ao caso do nosso ordenamento, o que se verificou é que, na fundamentação feita pelo i. Relator da ADC em comento, o Supremo Tribunal Federal não desconsiderou o sentimento existente na sociedade a respeito do tema relativo à presunção de inocência. Houve uma atenção voltada ao contexto social sobre o qual a decisão incidiria, buscando uma solução motivada e dialogada e que teve contornos de argumentos de política.

Como já visto, na esteira de doutrinadores já citados, como Dworkin, teria havido uma incorreção na decisão da Excelsa Corte, na medida em que uma resposta adequada não deveria levar em conta argumentos de procedimento político. Dessa forma, como os argumentos de procedimento político exigem que uma decisão promova algum objetivo coletivo, ou alguma concepção de bem-estar geral, e que essa

função é do Legislativo, o Poder Judiciário não deveria motivar com base nesse tipo de argumento.

Não é de se concluir que a decisão tenha contornos do denominado realismo jurídico, que afirma que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é. O que se verificou foi que os debates foram realizados no âmbito da comunidade dos intérpretes da Constituição. A decisão veio de um ambiente discursivo e dialogado com a sociedade, chegando-se à conclusão jurídica de qual seria a melhor solução para aquele momento, dentro do contexto histórico vivenciado. Não é de se classificar como ousado um posicionamento que afirmasse que, ao longo dos 30 anos de nossa Constituição Republicana de 1988, o Supremo Tribunal Federal deixou de atuar como um órgão judicial, para ser um órgão político-jurisdicional, em que não mais é possível separar “o joio do trigo”.

A concepção científica da “Política” consiste no conjunto de conhecimentos sistematizados concernentes à forma de organização e de governo das comunidades humanas, seja de períodos passados, seja no contexto atual, assim como se refere às suas instituições e às inúmeras doutrinas políticas que se encontram nas diversas estruturas sociais. Assim, nesse contexto, a Excelsa Corte não exerce somente uma função jurisdicional de dizer o Direito com base em regras e princípios, já que está inserida numa estrutura institucional que tem um papel perante a sociedade e o Estado Democrático de Direito. Assim, o objetivo do direito e da política é a promoção de uma melhor conformação dos indivíduos na sociedade em que vivem. Tanto o direito como a política estão voltados para a organização dos indivíduos na sociedade e a sua adequação à vivência social. Por tudo isso que o papel da Corte Constitucional é impregnado desses dois matizes.

Por óbvio, não estamos fazendo a apologia de que a Excelsa Corte deva decidir de acordo com a maioria, ou que sempre deva ser

a guardiã das minorias desfavorecidas. Contudo, não há como ignorar que muitos pressupostos teóricos já estão superados há muito tempo dentro do contexto histórico vivenciado ao longo desses 30 anos.

Não há como aprisionar a interpretação, assim como não é de se autorizar argumentos pragmáticos, condicionando o discurso jurídico a apenas aspectos morais, ético-políticos. Contudo, a legitimidade do Poder Judiciário repousa em dialogar com todas essas esferas, buscando a solução de consenso plural razoável.

Sobre esse pluralismo razoável, a lição de Roberto Gargarella, em estudo sobre a teoria de John Rawls, pretende nos chamar a atenção para a circunstância de que

[...] ‘as sociedades modernas não se caracterizam meramente pelo fato de um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, mas sim por um pluralismo de doutrinas incompatíveis entre si, mas, mesmo assim, razoáveis’. Com essa afirmação, Rawls quer dar conta do fato de que nós, as pessoas, muitas vezes, divergimos de modo radical em relação a nossas convicções mais básicas, mas fazemos isso, no entanto, a partir de nossa adesão a concepções ‘razoáveis’ (e não necessariamente, por exemplo, a partir de nosso dogmatismo, ou a partir de uma estrita irracionalidade que nos impede de reconhecer certos dados incontestáveis da realidade). O ‘fato do pluralismo razoável’ não constitui um mero fato histórico, capaz de perder significado de um dia para outro. Ele aparece, antes, como ‘um traço permanente da culta política da democracia’, um fato com o qual devemos contar, e que é derivado dos limites naturais do conhecimento humano (GARGARELLA, 2008, p. 228).

Exatamente por conta disso, o Supremo Tribunal Federal, deparando-se com a constatação de que as sociedades modernas se distinguem pela presença de um “pluralismo razoável” de concepções do bem, nesse contexto, poderá construir uma concepção de justiça compartilhada e que funcione.

Assim, no denominado “consenso sobreposto” citado por Roberto Gargarella, destinado a tornar possível que concepções abrangentes razoáveis e opostas convirjam em certos acordos básicos,

o consenso sobreposto aparece como a única forma de permitir que, em um contexto ‘pluralista’, cada indivíduo chegue a aderir à concepção pública da justiça: esse consenso só pode ser alcançado uma vez que a concepção pública em questão apareça como razoável, ou mesmo como verdadeira, aos olhos de todos (GARGARELLA, 2008, p. 231).

Qual a análise a ser feita no caso do Registro de Candidatura nº 11.532 no TSE diante das abordagens anteriores, levando em conta a tese firmada sobre a presunção de inocência pelo STF?

Houve, naquele julgamento perante o TSE, um ponto de destaque para o presente ensaio, no que se refere à natureza jurídica da recomendação do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

Foi relatado que o candidato formalizou uma representação individual perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU, objetivando sua candidatura ao cargo de presidente e que, diante da proximidade do pleito eleitoral e a indefinição da sua situação jurídica, requeria àquele órgão internacional uma tutela de urgência que foi deferida. Os seguintes pontos relevantes a esse estudo foram trazidos à discussão quando da análise dos efeitos vinculantes do ato emanado pelo Comitê: i) o protocolo facultativo ao pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi ratificado na ordem internacional e aprovado, por meio de decreto legislativo na ordem interna, sendo irrelevante a ausência de publicação do decreto presidencial; ii) as medidas cautelares emitidas pelo Comitê são de cumprimento obrigatório por força do princípio do *pacta sunt servanda* e da obrigação dos Estados em agir de boa-fé no âmbito internacional; iii) o *status* supralegal do Pacto Inter-

nacional de Direitos Civis e Políticos afasta a negativa de eficácia da decisão do Comitê da ONU diante de uma suposta incompatibilidade da Lei Complementar nº 64/90 com as alterações introduzidas pela LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

O Relator Min. Luís Roberto Barroso assinalou, em seu voto, que o Comitê de Direitos da ONU é órgão administrativo sem competência jurisdicional e que, por conta disso, suas recomendações não teriam efeito vinculante. Ressaltou ainda que o primeiro protocolo facultativo que prevê a possibilidade de o Comitê de Direitos Humanos da ONU receber comunicações não foi incorporado na ordem interna brasileira, pois, embora tenha sido ratificado e aprovado pelo Decreto Legislativo nº 311/2009, não houve a promulgação e publicação por meio de Decreto Presidencial.

Invocou o i. Relator, no tocante ao afastamento do efeito vinculante do Comitê, a doutrina da “margem de apreciação estatal”, em que aos Estados deve-se atribuir certa margem de apreciação na concretização das medidas que interfiram sobre sua ordem interna, ao se deparar com a alegação de que uma medida estatal está violando tratado internacional. Nesse raciocínio, menciona que “[...] os tribunais internos devem estar atentos não apenas à Constituição, manifestação mais plena da soberania popular, mas também às suas especificidades culturais e às inclinações da vontade política do seu povo, que compoñham a cultura constitucional local”.

Nesse ponto, vislumbra que o ponto da argumentação do Min. Luís Roberto Barroso encontra assento na abordagem feita anteriormente sobre a atenção que os Tribunais Superiores devem ter quanto à divergência e à contestação que exsurge do contexto social quanto às suas decisões. Exatamente nisso repousam o “pluralismo razoável” e o “consenso sobreposto”, que foram a tônica da decisão. Assim, entendeu que a medida cautelar, na parte em que determina que o requerente não seja impedido de concorrer nas eleições, até o julgamen-

to de todos os recursos pendentes da condenação criminal, não pode produzir efeitos em nossa ordem jurídica interna, porque não revela o denominado consenso sobreposto. Na busca do pluralismo razoável, prevaleceu o entendimento de que a decisão do Comitê da ONU conflita com a LC nº 135/2010, que foi declarada constitucional pelo STF e que, por isso, não atende às particularidades culturais e à vontade política popular interna.

Assim, a partir da premissa feita no julgamento da ADC nº 29, em que foi possível a flexibilização da presunção de inocência, há de se reconhecer uma margem de apreciação estatal, diante da impossibilidade de a Corte Eleitoral afastar a aplicação da legislação interna vigente, fruto da expressão da soberania popular e “alinhada às exigências constitucionais de moralidade e probidade para o exercício de cargos eletivos”, como pontuou o Relator do caso.

Não restam dúvidas de que houve uma tensão entre proteger os direitos fundamentais e o regime democrático e, de outro lado, o clamor da sociedade exigindo uma postura oposta à manutenção da presunção de inocência para todas as esferas, além da extrapenal.

Inclusive, o i. Relator fez uma análise da repercussão social e política que o acolhimento da pretensão do Comitê poderia gerar, quando afirma:

O não cumprimento da recomendação proferida resta plenamente justificado diante do abalo institucional que poderia gerar. Afinal, a medida cautelar concedida interfere diretamente nas eleições do País, sem que haja qualquer pronunciamento do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre o mérito da comunicação individual levada à sua apreciação. O fato de o Comitê afirmar que sua decisão final sobre a existência ou não de violação ao art. 25 do PIDCP somente será proferida no próximo ano, quando as eleições brasileiras já terão se encerrado e o novo Presidente já terá tomado posse, cria o chamado *periculum in mora* inverso. Vale dizer: a orientação produziria uma situação

consumada, de difícil ou traumática reversão, o que constitui mais um fundamento para não lhe dar cumprimento.

Nítido, pela argumentação, que o Poder Judiciário é influenciado por uma variedade de fatores de direito e políticos. Direito e política estão relacionados. A decisão judicial é, portanto, uma “decisão política” sem qualquer cunho negativo a essa afirmativa. Deve a decisão emanada do voto do relator ser compreendida no contexto que remete à doutrina da responsabilidade política, o que não se confunde com uma decisão que se fundamente em argumentos de política. A decisão em comento teve sempre como pano de fundo e sustentação a normatividade jurídica, fundamentando-se no Direito.

Em contraposição a esse entendimento, houve o voto contrário e minoritário da lavra do Min. Edson Fachin, que concluiu que a medida provisória concedida pelo Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos teria garantido o direito ao requerente, mesmo estando preso, de se candidatar às eleições de cargo do Poder Executivo.

Em sua motivação, o i. Ministro faz a análise de que os recursos eleitorais, desde a edição da Lei nº 13.165/15, foram dotados de efeito suspensivo automático, de sorte que sentenças que resultassem em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo não seriam eficazes se pendente a análise de recurso. Com isso, um candidato diplomado pode exercer seu mandato até que eventual recurso com a expedição do diploma seja examinado pelo TSE. Da mesma forma, se houve o indeferimento do registro de uma candidatura, o candidato poderá praticar atos de campanha, já que ainda demanda a análise do recurso.

Assim, com a existência do Tratado que protege os direitos políticos dos cidadãos, enquanto não houver uma condenação definitiva, houve a tese trazida no voto, no sentido de que o tratado independe,

para sua eficácia no país signatário, do Decreto Presidencial e de sua respectiva publicação. Basta, para tanto, a existência do depósito do instrumento de ratificação que, no âmbito internacional, é o suficiente. O decreto presidencial seria, portanto, um ato para conhecimento interno de que o país tornou-se parte em um Tratado.

Nessa linha de raciocínio, mesmo não tendo, no caso em concreto, havido o decreto presidencial, esse ato seria prescindível, de sorte que o Tratado deveria ser observado.

No que concerne à possibilidade de vinculação ao que restou determinado pelo Comitê da ONU, pontuou o Min. Fachin:

Porque o Comitê deve garantir a efetividade dos direitos do Pacto, e particularmente do próprio sistema de comunicações individuais, deve-se reconhecer que há espaço no mandato que lhe foi outorgado pelo Pacto e por seu protocolo para determinar, como decorrência do próprio Tratado, que os Estados cumprem de boa-fé suas conclusões.

E, nessa toada, concluiu que o Estado não poderia retirar do indivíduo um direito que lhe foi assegurado, devendo ser garantida a efetividade dos direitos do Pacto.

Além do que, argumenta que os direitos decorrentes dos tratados integram os direitos atribuídos à pessoa humana, de sorte que tem tratamento supralegal, sendo defeso ao ordenamento infraconstitucional a ele se contrapor.

Outro aspecto importante da decisão minoritária foi o tratamento do caso, sob enfoque diverso do relator, buscando um afastamento do conteúdo político das decisões. Isso é verificado no seguinte trecho, *verbis*:

Logo, o Estado Brasileiro, por meio de ente integrante do Poder Judiciário, pode, sem dúvida, não seguir a decisão contida na medida provisória do Comitê; nada obstante, em tal caso, se

deve assumir que o Brasil deliberou descumprir regra vigente no Direito internacional e assumiu não cumprir norma válida e eficaz no direito interno. O que significa que não há aqui uma opção redutora da complexidade do problema, como se o debate somente encobrisse uma determinada candidatura. O nominalismo e suas razões são péssimos conselheiros ao julgador. Se o ordenamento há de ser mesmo, igual para todos, inexistente diante da norma escolhas apriorísticas que se agasalham fora da normatividade, ainda que sustentem o oposto. Portanto, posto que o requerente está inelegível, a partir da decisão do Comitê que aportou ao debate processual, não mais se trata de indagar *quem* está no objeto do julgamento, mas sim *do que* agora se trata no cerne da controvérsia (grifos no original).

Observa-se que a decisão objetivou um distanciamento da situação individualizada de quem estava tendo o registro de candidatura indeferido. Procurou uma análise, colmatando as regras existentes, com o tratado ratificado, em prol de uma solução técnico-jurídica, fundada num discurso argumentativo e bastante lógico pelo que se pode perceber.

Já o Min. Relator, ao asseverar que, no caso, não se deve afastar a aplicação da legislação interna vigente, fruto da expressão da soberania popular e “alinhada às exigências constitucionais de moralidade e probidade para o exercício de cargos eletivos”, está a transparecer que sua análise não é meramente de hermenêutica constitucional e que não está preso a uma estrutura de hierarquia de normas para a solução da questão.

Trata-se de uma postura pós-positivista, na medida em que justifica o i. Relator seu posicionamento a partir da necessidade de um olhar para a realidade social que nos circunda, diante do cenário político vivenciado por nosso país. Esse viés não deixa de transparecer certo pragmatismo ou consequencialismo, mas que nem por isso

deixa aflorar qualquer manifestação de cunho pessoal político ou um “voluntarismo salvacionista”.

Argumentos políticos foram apresentados; contudo, sem macular a decisão, pois está sustentada num discurso jurídico devidamente motivado. Há uma exigência de responsabilidade política do Poder Judiciário para que “os argumentos sejam republicanamente desenvolvidos a partir do Direito e que os projetos teóricos sejam adequadamente incorporados, sob pena de se tornarem apenas álibis retóricos”, nas palavras de Lênio Streck (2003, p. 102).

De outro lado, o Ministro vencido é claro no sentido de não ir além do que o Direito reconhecidamente nos impõe. Assim, defende uma ideia de limites hermenêuticos aos textos legais, no caso, a Constituição Republicana e os tratados, com observância da hierarquia existente entre eles. Essa visão não pode ser criticada por nós, estudiosos do Direito, taxando-a de anacrônica e, em certo sentido, ilegítima aos olhos da sociedade. É que, se bem observarmos, autores como Kelsen aplaudem decisões cuja normatividade esteja descolada do real, ou como Dworkin, que critica o uso dos argumentos políticos na seara do Direito.

Feita essa verificação, a questão interessante a se refletir é que a decisão do i. Min. Fachin se mostra tão legítima quanto aquela proferida pelo Min. Luís Roberto Barroso. Diferentemente da decisão do Min. Relator, que claramente traz a necessidade de um diálogo com os interesses da sociedade para dar contornos de legitimidade à decisão, o Min. Fachin traçou linha oposta, de afastamento da questão referente à democratização do Judiciário, propondo uma análise fundada somente na hermenêutica jurídica.

Assim, partindo-se da premissa de que os tratados têm força supralegal e que estaria havendo um conflito com o ordenamento interno, aquele regramento é que deveria prevalecer, sem levar em conta contextos históricos e políticos do momento. E nisso não vai qualquer crítica ante a categorização feita, como se todo aquele que tenha uma

linha positivista ou de análise pura de confronto entre regras e princípios fosse avesso a mudanças.

Foram respostas judiciais divergentes, mas com metodologias interpretativas que, embora diferenciadas, são perfeitamente sustentáveis. E nisso reside toda a riqueza do Direito e da função dos Tribunais Superiores, como atores principais dessa função constitucional que lhes foi atribuída.

O que podemos observar é que a compreensão de um problema envolve possibilidades de solução e, não raras vezes, com possibilidades múltiplas. Tanto poderíamos concluir que a decisão indeferindo o registro da candidatura, à luz de nosso sistema jurídico, reproduziu uma injustiça social, ao não implementar um suposto direito individual do cidadão, como também poderíamos tirar a ilação de que a decisão desconstruiu um dogma da presunção de inocência, plasmando-a, isto é, adequando-a à realidade histórica e social atual, que não é a mesma dos 30 anos atrás de promulgação de nossa Lei Maior.

O Direito é uma prática intersubjetiva e, por isso, há uma integridade e coerência que norteiam a interpretação jurídica. O verdadeiro cuidado que devemos ter, quando nos deparamos com casos desse jaez, é termos consciência de que discussões político-morais não devem funcionar como base de sustentação de uma decisão que deve ser sempre calcada no Direito, num discurso jurídico dialogado.

Nessa linha de raciocínio, o fato de o Judiciário efetuar a denominada filtragem hermenêutico-constitucional da legislação não significa que possa apontar numa direção diferente daquilo que a Constituição intencionou, fundada em questões unicamente políticas, econômicas ou morais. A função do Poder Judiciário não é legiferante, mas integrativa do nosso sistema jurídico. Daí a importância de que o discurso seja o jurídico, ainda que busque subsídios noutros campos, naquilo que convergirem.

O que não é possível são os julgamentos considerados de ocasião, que se afastam da análise jurídica, resumindo-se a argumentos de política e consequencialistas. No dizer de Niklas Luhmann:

O direito tem a relevantíssima função de estabilizar normativamente as expectativas humanas e, numa sociedade cada vez mais complexa caracterizada por um crescimento desorganizado (indeterminado) dessas expectativas, essa função só será adequadamente alcançada por meio de uma seleção normativa de tais expectativas (LUHMANN, 2004, p. 152).

Exatamente por conta disso, não há como o Poder Judiciário estar sempre atendendo as expectativas sociais, pois pode ocorrer que elas não tenham lastro normativo no Direito. O fato de o Poder Judiciário estar *atento* aos vários segmentos não significa que eles servirão de fundamento às suas decisões. Exigências sociais voltadas para questões políticas, econômicas ou morais não podem se misturar na função do Direito para serem o fundamento das decisões. Por certo que o diálogo das fontes é necessário e haverá a integração entre esses segmentos sempre que convergirem para a normatividade que sustenta o Direito.

A imparcialidade do Poder Judiciário é a maior conquista e, nesse espectro, é que assenta sua legitimidade. Assim, haverá decisões que o julgador entenda injustas a partir de suas convicções pessoais. Contudo, como esse ponto de vista não se sustenta na lei ou em algum dispositivo da Constituição, se rende à norma de Direito. Essa é a missão, ou calvário, do Poder Judiciário, dependendo do ponto de vista que se adote; mas é assim que existe a segurança jurídica e a pacificação que a sociedade anseia.

Nas palavras de Scalia: *“If you’re going to be a good and faithful judge, you have to resign yourself to the fact that you’re not*

always going to like the conclusions you reach. If you like them all the time, you're probably doing something wrong" (SCALIA, 2005).

5 Conclusão

Verificamos que, ao longo desses 30 anos de existência da nossa Carta Constitucional de 1988, houve uma crescente mudança da feição do Poder Judiciário e, mais acentuada ainda, no âmbito dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal.

O Direito, nesse contexto, também vivenciou toda essa transformação a partir da Constituição. Contudo, por certo, o maior ganho foi o da própria sociedade. Embora existam várias teorias, como visto para explicar o que é de Direito e como deveria ser a atuação do Poder Judiciário, certo é que, graças a esse Estado, que não só é Democrático, mas também *é de Direito*, a sociedade pode verificar que o Poder Judiciário existe para tutelá-la.

Arrematando este breve estudo, com o mesmo doutrinador José Afonso da Silva, com o qual iniciamos os estudos do Direito Constitucional há 30 anos, e que continua sendo fonte de conhecimento, trazemos sua lição sobre a importância do Estado Democrático de Direito:

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se resalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante a lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transfor-

madora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos (SILVA, 1988, p. 15-34).

Fazendo uma singela releitura da lição do doutrinador, onde se lê *lei*, leia-se *decisão judicial*, pois o Direito, como visto, não é só a lei. O Direito é o resultado daquilo que é criado a partir da lei, por meio da decisão judicial, cuja função é constitucionalmente conferida ao Poder Judiciário. Por isso, ele tem a responsabilidade de ser o agente transformador. Daí advém sua legitimidade que estará preservada na medida em que se voltar para a escuta dialogada com a sociedade, ainda que a resposta não seja propriamente aquela desejada por todos, mas certamente aceita, sempre que vier fundada num consenso motivado e ponderado.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA, Ruy. *Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: J. Aguilar, 1960.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?. *Revista Novos Estudos jurídicos*, v. 20, n. 1, jan./abr. 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

FRANCCO, Rodrigo. Participação popular nas decisões judiciais. *Debate virtual*, Salvador, n. 158, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2717>>. Acesso em: 26 maio 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. (Col. Biblioteca Tempo Universitário 101).

LIMA, George Marmelstein. Efeitos “backlash” da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-juris-dicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em: 26 maio 2016.

LUHMANN, Niklas. *Law a social sistem*. New York: Oxford University Press, 2004.

MELO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: Ed. Forense, 2015.

RABELAIS, François. *Gargantua e Pantagruel*. Trad. Urquhart's. Ed. Ozell.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

SCALIA, Antonin. Palestra proferida na Chapman Law School. Ago. 2005.

SILVA, José Afonso. *Da aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 173, p. 15-34, jan./set. 1988.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermeneutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da Decisão Judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 259, p. 21-54, set. 2016.

“ Prometo manter, defender, cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, a União, a integridade e a independência do Brasil. ”

Rafael Mayer

Ministro, Presidente do Supremo Tribunal Federal, prestando compromisso determinado pela Constituição Federal de 1988, na sessão solene de promulgação da Constituição Federal de 1988, em 5 de outubro de 1988.



Silhueta do pensamento filosófico antropológico

Luís Carlos B. Gambogi

Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG; Desembargador do TJMG; Professor do Bacharelado e do Mestrado da Universidade Fumec, em Belo Horizonte.

1 O homem, ele existe?

Ontologicamente falando, o homem não existe. Ele é produto de uma espécie de rebeldia que o constitui, nasce de sua vontade de resistir à realidade, de não se conformar com a realidade; poder-se-ia dizer que o homem é produto de um embate entre ele mesmo e as ásperas circunstâncias da vida que lhe foram postas. Numa palavra: a adversidade é o motor da vida. Com o avanço dos estudos antropológicos, não se nos parece mais possível supor que a liberdade e a identidade sejam características ontológicas ao homem. O homem não é por natureza o que deve ser; por natureza, somos animais racionais. Sob o ângulo antropológico, jamais nos converteríamos em humanos fora do mundo da cultura. Isto é, não somos humanos por razões naturais, somos humanos por razões culturais. É a partir de nossas raízes enterradas em nosso lado animal (necessidades, instintos, desejos, paixões, etc.), lado que nos serve de alicerce para que possamos nos constituir, para que possamos definir nossa identidade mediante

relações intersubjetivas travadas no interior da cultura e do contexto social no qual cada um de nós se encontra, que nos fazemos humanos.

Vivendo em sociedade e dividindo o mundo com seus semelhantes, os homens se veem compelidos a pensar regras de conduta que lhes permitam com-viver (viver com o outro), assumindo o seu código ético o papel de pilastra central na edificação da cultura. É que, não obstante racional, na sua essência, o homem não se faz humano na existência em razão de sua racionalidade. O homem se faz homem numa peleja diuturna contra si mesmo, educando-se, desenvolvendo e aperfeiçoando sua consciência científica, política e ética. O homem se faz humano à medida que desenvolve e imprime, na cultura em que se encontra mergulhado, a força ordenadora de sua inteligência, que se manifesta normatizando o agir humano de modo a prescrever regras éticas para a vida em sociedade, de modo a fazer com que a conduta humana siga um padrão ético socialmente aceito, padrão ético este que vai lhe permitir traçar a linha que, como critério de julgamento, poderá separar a conduta humana da desumana, o homem do animal racional.

Depreende-se que não subscrevemos as razões dos que sustentam que o homem seja um ser biologicamente desenvolvido ou que a racionalidade seja um reles epifenômeno da natureza, do sensorial-corporal. Nossa dimensão biológica carece de nossa dimensão espiritual, sem a qual não se constitui o humano. Abolida a sua consciência moral, por exemplo, morto estará o homem porque, sem consciência moral, sobra-lhe a mera condição de animal racional. Em verdade, o espírito não é natureza, é contra a natureza, não é epifenômeno da natureza, opõe-se ao natural; nasce da carência, da falta, de dada energia que não pode deixar de ser consciência, que é consciência na medida em que resiste ao não ser. Por ser racional, além de seu campo biológico, conta o homem com a capacidade não só de se fazer presente em si mesmo (consciência de si), mas, também, de fazer presente em si, intencionalmente, a realidade que conhece (consciência para si). Ao

mesmo tempo, pode, pelo querer, pela vontade, exercer domínio sobre o seu dinamismo biológico-sensorial e, assim, agir livremente.

Portanto, compreendo que equivocadas e paradoxais são as correntes que abortam racionalmente a espiritualidade humana quando afirmam que a razão é produto dos estímulos internos e exteriores que nos fustigam. Ora, o que se nos parece é que o homem, compelido por sua condição biológica-existencial e social, se vê obrigado a erguer a cultura, mundo seu e que o faz humano, isto é, o homem faz-se homem na medida em que socializa sua existência e desenvolve a intersubjetividade, transcendendo a situação concreta que experimenta e abrindo-se às possibilidades da cultura e do vir-a-ser.¹ Faz-se homem na medida em que transcende a sua natureza, à medida que vai além da natureza, ainda que continue integrando a natureza como ser sensorial-corporal, onde estão suas raízes.

Para conhecer o que é humano, individual, interindividual e social, é preciso unir explicação e compreensão [...]. Ao mesmo tempo, é preciso reconhecer que, potencialmente, todo sujeito não é apenas ator, mas autor, capaz de cognição/escolha/decisão (MORIN, 2009, p. 127).

Somos humanos, mas nosso fundamento está na condição existencial, social e cultural que nos constitui. Somos o que conseguimos ser em nossa luta contra o nosso fundamento psíquico-biológico. Assim, ao afirmarmos que o homem se faz humano, constitui-se homem quando constrói a si próprio, cultural e historicamente, não queremos negar o lado animal que permanece em nós. Porém, como somos seres dotados de vontade, de liberdade, essência espiritual de nosso ser, po-

¹ No que toca ao domínio das forças orgânicas, psicológicas e instintivas, recordamos que foi justamente por combatê-las, seja impondo-lhes comando racional (Kant), seja recusando-as (Hegel), seja dando-lhes direção (Max Scheler), seja combatendo-as (Nietzsche), que o homem pode erguer a cultura. Não tivesse ele tido êxito nessa empresa e ainda seria escravo da natureza. Admitir o contrário implica admitir que nossa liberdade não se dê em oposição à natureza, mas, sim, graças a ela, o que não encontra suporte lógico.

demos sobrepujar nossa base biológica e nos converter em humanos; de igual modo, podemos deixar de ser humanos se nos desfizemos das substâncias culturais que fazem de nós seres humanos, arrancá-las ou consumi-las. Para ilustrar, invocamos aqui as palavras que, em agradecimento, proferiu o Prof. Gerson de Britto Mello Boson quando da solenidade que lhe conferiu o título de Professor Benemérito pela Universidade Fumec, Belo Horizonte, em 31 de maio de 2001. Ei-las:

Até hoje, nada esperei do tigre, da zebra nem do gato. Todos eles – como sabem – são seres aprisionados pelo mundo da natureza. Não têm eles opção, não têm eles liberdade. Por isso o tigre não destigra, zebra não deszebra nem o gato se desgata. O homem, ao contrário, desumaniza-se.²

Sempre cri no homem porque este não pode ser visto, em nenhuma interpretação que dele se possa fazer, só como natureza ou só como espírito. Em nós humanos, estes elementos não se relacionam, unem-se como unidade vital, individual, indissolúvel. E, embora daí advenha toda a nossa dramaticidade exis-

² “Gilles Lipovetsky reflete igualmente sobre os egos contemporâneos. Ao lado das oposições ‘holistas/hierárquicas’ e ‘democráticas/individualistas’ por Louis Dumont, ele vê despontar uma segunda revolução individualista. Após as revoluções democráticas – inglesa, americana e francesa – nossa época cumpriria a revolução psicológica do narcisismo. Atualmente o *homo psychologicus* teria destronado o homem político. A comunicação teria ultrapassado a politização, assim como o permissivo teria suplantado amplamente o coercitivo. Esse trabalho destaca o fato de que os séculos XVII e XVIII generalizaram as ideias de igualdade e de liberdade dos indivíduos. Para Lipovetsky, entretanto, a privacidade das existências modernas se tornou tão importante que não é mais possível considerar o individualismo como um fenômeno jocoso. Assim, longe de ser uma ‘ilusão social’, a ideologia individualista produziu – e continua a produzir – uma mutação que nos separa para sempre das outras sociedades. Conceituar as diversas manifestações do individualismo atual, portanto, é observar uma escalada numa lógica de longa duração. Vivemos o último estágio da história, já multissecular, do *homo aequalis*, do homem que tem direitos. Além disso, nossas sociedades hedonistas arrematam a massificação lenta do individualismo. Elas preferem pressões mais íntimas, mais psicológicas, ao invés de adestramentos disciplinares e autoritários. A ‘crueldade dos costumes’, da qual falava Nietzsche, abre espaço para a busca da felicidade psicológica. Outrora, o indivíduo casava-se para a vida toda. Em nossos dias, a ideia de que não se deveria nunca se divorciar aparece como uma ideia bárbara. No fundo, os indivíduos contemporâneos são muito narcisistas, mas também muito desequilibrados, como revela a proliferação das perturbações psicológicas. Nossas representações não possuem coerência única. As pessoas podem ser ecologistas e andar de avião, retornar ao judaísmo e fazer *marketing!* Esta descrição demonstra que, maciçamente, os egos contemporâneos desinvestem a coisa pública. O indivíduo moderno era político, ele queria a revolução, a laicidade, etc. O indivíduo pós-moderno é mais psicológico. Longe de não amar nada, ele ama tudo” (DESCAMPS, 1991, p. 82).

tencial, é irrecusável admitir ser daí, outrossim, que advém toda a grande importância da liberdade para a nossa vida, e dentro desta, a sua maior importância para o direito de expressão, o direito de comunicar-se. No seu modo absoluto de ser, e no seu modo relativo, circunstancial, de efetivar-se, a liberdade é indispensável ao mundo do homem, — o mundo da cultura, por nós mesmos criados sobre os suportes da natureza. [...].

O homem, como ser racional, não muda; no entanto, o conteúdo do seu pensamento, seu modo de interpretar a realidade, não para de mudar. Essa nossa luta para mudar nosso modo de pensar, essa nossa peleja que nos forja historicamente, não tem sido fácil. No início, tivemos que nos desembrulhar do macaco que éramos; depois, que vencer a ignorância, o medo, os demônios e os monstros imaginários que nos assombravam. Já estivemos presos a grilhões que nos restringiam mais que hoje, já fomos moldados pelos mitos e pelas religiões, já estivemos vinculados a tradições e costumes em que as relações sociais eram realizadas sob estruturas extremamente rígidas, sem mobilidade alguma, atadas e regidas pelos ínfimos saberes de seu tempo. Passo a passo, no entanto, fomos digladiando com a sombra e fomos lançando luzes sobre a escuridão, fomos construindo a cultura, produzindo conhecimento e esclarecimento, fomos nos libertando. Hoje, se olharmos para o passado, não obstante as dificuldades ínsitas à operação, haveremos de compreender que o mundo está melhor em inúmeros campos (saúde, educação, saneamento, por exemplo). Talvez porque os desafios à nossa frente nos rendam medo, espanto, encantamento e pânico, ficamos a conjecturar que o presente é pior que o passado, o que não é verdade.

Em nossas reflexões, os inúmeros determinismos que nos constituem, hoje mostrados pelas ciências, não nos permitem concluir que sejamos completamente determinados. Ora, a premissa segundo a qual somos inteiramente determinados está longe de ser conclusiva;

aliás, se adotada como certa, afetará o próprio desempenho das ciências, que devem, sempre, recusar o fechamento de horizontes. Hannah Arendt (1993), no conjunto de sua obra, deixa claro que, no seu entendimento, não estamos condenados a obedecer às leis de nossa própria natureza nem condenados pelas leis culturais; ao contrário, podemos sempre agir em função de nossa liberdade, seguindo e construindo o curso da História, curso que sempre decorre de iniciativas humanas, também mudado por iniciativas humanas.

A conclusão é: não há lei determinista que se imponha ao homem de modo completo e definitivo. Este está sempre apto a recommear, razão pela qual insistimos em que as ciências devem repelir o preconizado pelas teorias deterministas, típicas do pensamento positivista, porque o homem, em razão de sua natureza contingente, de sua inteligência, de sua liberdade, nunca poderá abdicar de sindicarmos um sentido para as coisas e para o mundo, num esforço que, no fundo, busca identificar um sentido para si mesmo. A condição humana é, portanto, uma condição que continuamente nos abre feridas, tão grande é o grão de vida e de morte de que se alimenta. Ser homem é viver a incrível, a mágica experiência de compreender o mundo e a natureza mediante a compreensão de si mesmo.

2 O homem é um ser que pergunta!

Se abrir mão de indagar sobre sua liberdade, se abrir mão de dar um sentido à vida, renunciará à sua condição de humano. Portanto, mantemo-nos convencidos de que nós não somos só natureza nem só condicionamento social e cultural, somos também razão ativa, cujo traço essencial é a presença da liberdade. Por essa razão, o homem é incomparável aos outros animais em vários aspectos: linguagem, eticidade, ciência e técnica. Porém que fique claro que o que faz dele um homem é o uso de sua racionalidade ética e de sua liberdade na cons-

trução de sua humanidade. Implica dizer: não somos somente seres culturais e históricos nem somente matéria, natureza sensorial-corporal. Somos ambos! É que, por sermos dotados de razão e liberdade, não só driblamos nossos condicionamentos sociais e culturais como escapamos ao determinismo interior. Não obstante, devemos admitir que nossa razão não é santa, isto é, inteiramente esclarecida, pura, nem somos inteiramente libertos da nossa condição corpóreo-sensorial e psíquica.

Não à toa a própria liberdade, elemento fundamental de nossa condição, não pode ser inteligida adequadamente, sobretudo nas complexas sociedades da atualidade, sem a ela incorporar o conhecimento, pressuposto necessário para que se possa exercer a liberdade qualificada, eis que a liberdade se aperfeiçoa na medida em que, ao usá-la para fazermos nossas opções e nossas escolhas, contamos com o conhecimento para bem deliberar, uma vez que o conhecimento e a reflexão ajudam-nos a melhor conhecer o objeto de nossa deliberação e a ela agregar qualidade. O conhecimento, além de alicerçar nossas decisões com fundamentos sólidos, assegura-nos deliberar radicados na epistemologia e na racionalidade, ao tempo em que permite que nossa autonomia opere diante de um horizonte límpido, esclarecido.

Estudos no campo da neurociência e da psicologia, somando-se às reflexões filosóficas, revelam que o homem é, sim, forjado pela cultura, fenômeno do qual é criador e criatura. Nela imprimimos elementos que nos são inatos, como o amor e a solidariedade, o ódio e a intolerância. Contestar-me-á o que nega essa perspectiva, sustentando que a razão é subproduto de forças naturais. Não concordo! Penso que não podemos nem devemos reproduzir os equívocos que, desprezando o papel da racionalidade e da liberdade na estruturação do homem, sustentam que a razão é mero epifenômeno da natureza, como que um rele acessório da natureza. Há, em nós, sim, e o naturalismo/materialismo não consegue enxergar, o elemento transcendência (na-

turalmente, refiro-me à transcendência que se dá na imanência) e o elemento força espiritual, que não ignoram a importância nem o peso sensorial-corporal, o peso das forças naturais, mas que repelem a conclusão de que a racionalidade e a liberdade são meros epifenômenos das forças naturais.

Em verdade, para o naturalismo/materialismo, estamos inteiramente condicionados pelo mundo natural ou sob o jugo dos condicionamentos exteriores, sociais e culturais. Ora, se assim somos, como explicar a liberdade e a responsabilidade que dela decorre, como explicar a cultura e o fato de sermos capazes de fazer de nós mesmos objeto do conhecimento? Fosse verdadeira a assertiva, a própria premissa que sustém o Direito estaria inteiramente esvaziada porque teríamos todos que ser considerados inimputáveis. Em verdade, temos, sim, nosso campo psíquico e nosso campo natureza, mas, ao mesmo tempo, somos produto das condições que a liberdade e as circunstâncias históricas nos permitem. Seres existenciais-culturais e sociais que somos, nossa autonomia não é plena porque dependente de inúmeros fatores, dentre eles o delicado equilíbrio do que nos constitui. Mesmo com nossas raízes enterradas no nosso lado natureza, usufruímos do espírito porque nosso lado natureza não é capaz de nos subtrair integralmente a liberdade, a vontade, nossa essência constitutiva, condição insubstituível para o aparecimento de nossa autonomia, autonomia que se encontra calibrada pelas nossas circunstâncias históricas, pelo outro, com o qual nos relacionamos, e por nossa posição pessoal e situacional, ou seja, gozamos de autonomia, mas de autonomia relativa e relacional.

O pensamento naturalista/materialista sustenta que os fenômenos espirituais, as ideias, as instituições e as estruturas são reflexos dos fenômenos sociais, dentre os quais assume maior peso o fenômeno econômico. Evidentemente que não se quer aqui apartar o espírito da realidade integral que forja o homem. Mas, em se admitindo que

a conduta humana é determinada pela realidade material, pelo inconsciente ou pela carga genética hereditária, qual o sentido moral de continuarmos a exigir a condenação dos criminosos e a sancionar o ilícito? Naturalmente que, sem a premissa de que devemos responder pelo que somos e fazemos, em razão de nossa liberdade, nenhuma civilização sobrevive. Da liberdade nasce a responsabilidade. Não à toa podemos conhecer pessoas que conhecem a liberdade por ouvir dizer, não porque as circunstâncias da vida lhes limitaram o grau da liberdade, não porque suas consciências foram alienadas pelo véu ideológico, mas porque sempre esperam que alguém faça por elas para que não tenham que suportar o ônus da responsabilidade, razão pela qual da liberdade só conhecem o direito de ir e vir. É em razão de nossa liberdade que nos desgarramos e nos libertamos do cão e do jugo social que mora em nós, sempre mais e mais na medida em que conheçamos a liberdade qualificada, a liberdade que não se reduz ao ir e vir porque aprofundada com o conhecimento e a reflexão. Em verdade, circunstâncias que nos ligam à natureza ou às forças externas, por mais poderosas que sejam, não se sobrepõem à decisão de vencê-las, exceto quando, por algum motivo qualquer, venha a nos faltar paixão na vontade. É a lição que nos vem de J. P. Sartre, ao escrever: “Não são as ideias que modificam os homens, não basta conhecer uma paixão pela causa para suprimi-la, é preciso vivê-la, opor-lhe outras paixões, combatê-la como tenacidade, enfim, trabalhar-se” (SARTRE, 1978, p. 117).

Depreende-se que não nos convencem os argumentos naturalistas/materialistas. Ora, se tudo se reduz à matéria e à natureza corpóreo-sensorial e psíquica, como explicar a consciência? Se a consciência é produto fenomênico do desejo, por que inumeráveis vezes agimos contra os nossos desejos? No nosso entendimento, assim como a matéria não é espírito, o espírito não é matéria. O homem, “enquanto projeto de si mesmo, é igualmente vinculado à facticidade da história e ao dado prévio de um corpo físico-sensorial” (ARLT, 2008, p.

8). A liberdade, essência do espírito, é como um músculo: cresce com o exercício. O querer ser livre, o esforçar-se para ser livre, o combate permanente às forças da natureza e às limitações sociais e culturais fortalecem, movimentam e ampliam a consciência da liberdade. Valendo-nos de uma linguagem kantiana, diríamos: do uso da razão pura, do raciocínio lógico depende a nossa sobrevivência como seres que conhecem, que produzem conhecimento científico e técnico; do uso da razão prática, da vontade, da liberdade depende a nossa sobrevivência social (política e ética). Isto é, não obstante o domínio técnico e científico, que tanto nos ajuda, o homem se faz humano na medida em que se converte essencialmente num ser político e ético porquanto a Ética e a Política são pressupostos da vida em sociedade.

Assim como o mundo físico é regido pelas leis do movimento, o homem é regido pelas leis do pensamento lógico e do pensamento político e ético. Como escreve Alexandre Korn, citado pelo Prof. Boson:

[...] não se pode negar nem o determinismo do mundo objetivo nem o império do egoísmo utilitário dos indivíduos. Mas tampouco se pode suprimir a consciência de nossa liberdade e de nossa responsabilidade. Querer suprimir esta dualidade constitui desempenho vão. É desconhecer o conflito psicológico em que se debate a personalidade humana na defesa, cada vez mais ampla, de sua dignidade e na procura da sua liberdade (KORN *apud* BOSON, 1996, p. 269).

O curioso é que os que subestimam a razão e a liberdade fazem-no no exercício da liberdade e da razão. É no exercício da liberdade e da razão que sustentam o nosso inteiro condicionamento às nossas matrizes biológicas, econômicas, históricas e sociais. Portanto, não há como não identificar um paradoxo, uma contradição lógica na tese naturalista/materialista que, *livremente*, afirma que não somos livres porque nossa liberdade encontra-se inteiramente presa a fatores sociais, biológicos, econômicos, históricos, psíquicos, os quais nos com-

pelem a agir assim ou assado. Também não se nos parece pertinente admitir que o espírito derive da libido sublimada, como se o homem estivesse geneticamente vinculado a esse elemento. Que ele existe, não há dúvida. Pretender, no entanto, reduzir as ideias, os valores, a razão e a cultura, enfim, limitar o próprio conteúdo e o sentido do ato de pensar a um subproduto do elemento natureza, a libido, ignorando o papel da liberdade, é fazer tábula rasa de nosso espírito. O papel da razão não é assim tão secundário. “A razão — esclarece Max Scheler — é fonte permanente de ideiação” (SCHELER *apud* BOSON, 1996, p. 141). Nossa razão não é, portanto, inerte, passiva. Qualquer estímulo que receba, venha ele de causas materiais, venha da libido, venha ele de onde vier, tal estímulo apresentar-se-á à razão, que o vai trabalhar, sopesar, pesar, evocar a razão prudencial e submetê-lo ao crivo da consciência histórica e social. Concluída essa complexa e delicada operação, caberá ao homem, em sua inteireza, “autorizar”, ou não, que o estímulo se exteriorize, converta-se numa conduta. Acreditar no contrário implica desacreditar da liberdade, o que é um equívoco moral e científico inaceitável. Em verdade, o que podemos concluir é que a cultura tem sim assento em sólida base biológica (físico-sensorial) e psíquica; contudo, a cultura funciona de modo a que a influência dessa base físico-sensorial e psíquica seja relativa, não absoluta. Diríamos, numa síntese, nossa base biológica tem poder, mas não tem a razão.³

³ Aliás, abrimos aqui um parêntese para dizer que estou em que a Ciência Jurídica, não pode se conservar pré-Freud. Em verdade, tanto a Psicologia quanto o Direito não mais podem trilhar caminhos opostos, como se fossem conhecimentos autossuficientes. Ora, o Direito prescreve condutas e descreve formas para se resolver conflitos sociais; a Psicologia estuda o comportamento humano e o mundo construído internamente pelo homem durante sua vida. Logo, a Psicologia deve ser encarada como ciência auxiliar ao entendimento do Direito e de seus fins. Todo intérprete, além de operar com raciocínio lógico, opera repleto de valores, preconceitos, desejos, de medos e de mecanismos de defesa. Não é aceitável que o Direito ignore por completo os aspectos da subjetividade humana que são estudados pela Psicologia, os quais, quer se queira, quer não se queira reconhecer, repercutem na hermenêutica jurídica. Entendo que nossa Ciência necessita reconhecer que o intérprete opera raciocínios que se encontram estruturados em arquétipos sociais e pessoais, que não têm índole lógica, mas que têm natureza simbólica, pré-lógica e ideológica. Negá-los, ignorá-los, implica negar ou ignorar as leis da vida. Tal atitude em nada ajuda na tarefa hermenêutica. Afinal, se se quer racionalidade, o único caminho de que dispomos é

Numa especulação de fundo antropológico, podemos dizer, com segurança, que o animal racional que também somos, pouco a pouco, mediante o processo educativo, foi se inibindo, foi se contendo, foi aprendendo a administrar os impulsos de seu lado natureza, foi canalizando-os ou desviando-os rumo a valor mais alto. Assim, pela cultura erigida pelo próprio homem para que pudesse enfrentar os riscos inerentes à vida e, ao mesmo tempo, organizar a sua existência em sociedade, já que é um ser gregário, social, um ser que não suporta viver só ou fora do organismo social, homem foi se construindo. A cultura, portanto, não é algo inato no gênero humano, ela é adquirida, conquistada, ainda que deite suas raízes em nosso substrato natureza. Ou seja, para que o nosso espírito não fosse escravo do nosso campo corpóreo-sensorial e psíquico, foi necessário educar o cão que vive em nossa carne, fera que só se contém mediante disciplina da educação, a única atividade capaz de adestrá-lo alimentando sua química cega.

O homem, ser racional que é, pode sobrepor-se a si mesmo e converter, quer o mundo, quer a si mesmo, em objeto do conhecimento. Como detentor da razão prática, a razão que legisla para a liberdade, o homem desenvolve o seu espírito ético;⁴ como possuidor da razão pura, lógica e teórica, da razão que conhece, o homem desenvolve o conhecimento, as ciências (Kant). Contudo, durante a sua existência, defronta-se com o axiológico, por ele mesmo criado, do qual partem exigências que ecoam em sua consciência e que o compelem a pensar na finalidade das suas ações, isto é, por um lado, o homem “atua geralmente em função de finalidades projetadas no futuro”; por outro, atua sabendo que “somente quando se leva em conta a finalidade de uma ação é que se pode compreender o seu sentido” (BOBBIO, 1992, p. 51).

enfrentá-los, investigá-los, saída que pressupõe admiti-los porque, por óbvio, se o pré-lógico e o ideológico não são elementos do conhecimento jurídico, devem ser objeto desse conhecimento, até para que se possa gerir o impacto que exercem sobre a hermenêutica.

⁴ Entendemos que a experiência ética se dá a partir da “razão prática”, que pode também ser entendida como vontade, como liberdade, a qual, dialeticamente, trabalha com a “razão pura”, lógico-teórica.

Em sua finitude, à luz de suas circunstâncias, o homem convive com o bem e com o mal, com o belo e o abjeto, com o justo e o injusto, enfim, vive sob direcionamento axiológico por ele definido, o qual procura tornar ação sob as luzes de sua consciência, que é contingente, histórica, datada. Essas exigências axiológicas, no curso de seu processo civilizatório, funcionam como metas ou ideais a serem alcançados por quem os criou: o próprio homem e sua organização social. Essas mesmas exigências axiológicas, que nada mais são senão valores hierarquizados e entabulados a cada momento histórico, servem de guia ao homem, como uma bússola a orientar a sua conduta em sociedade. Com efeito, para que seja acolhido, para não ser segregado, até mesmo afastado do convívio social, o homem age conforme os valores de sua cultura, os quais também são critérios para se distinguir até mesmo a conduta humana da desumana.

Os valores, uma vez criados, imbricam e entranham a cultura em que criados, com tamanha intensidade e vigor, que não podem ser ignorados pelos membros dessa cultura, porque, desde o berço, são semeados sobre a consciência dos que nela vivem e, mediante o processo educacional e civilizatório, verdejam e amadurecem no interior da consciência de cada um dos humanos que se orienta pelos valores de seu agrupamento social e cultural. Esses valores, refletidos e apurados, vão se cristalizando em normas éticas (morais e jurídicas) da sociedade a que pertencem, isto é, convertem-se em exigências cujo teor o homem pode desobedecer, mas não pode negar. Assim, por exemplo, se conhece o sentido do justo, o homem pode não realizá-lo e optar por fazer o injusto, mas sabe, não pode negar a si mesmo, que praticou uma injustiça, quando deveria fazer a justiça. O homem pode mentir, pode até mesmo enganar outrem com sua mentira, mas sabe que mente, não tem como negar a si mesmo que mente.

Não ignoro, naturalmente, a relação integrante que existe entre o valor cultural e a natureza humana (desejos, instintos, impulsos,

interesses, paixões). Em verdade, a percepção do valor é sempre livre; contudo, converter um juízo axiológico em ação demanda esforço racional, requer um ato intelectual de razão e de vontade, porque, não obstante dada inclinação para o não humano, cabe ao homem resistir e construir um significado para si mesmo, e ele o faz mediante um esforço de distanciamento de seu lado animal para tornar-se humano, passando, assim, a assumir como seus os valores sociais e a se conduzir pelos parâmetros impostos a um ser ético, cuja intencionalidade dirige-se ao bem, embora, como qualquer outro valor positivo, o bem e o justo, por exemplo, sejam entendidos à luz do tempo e das diretrizes da cultura em que imersos, porque históricos esses entendimentos, datadas essas interpretações que damos aos valores que constituem a pauta axiológica de uma cultura.

Em breves linhas, os valores, não obstante criados pelo próprio homem, espalham-se, impregnam, imbricam e entranham, penetram e se cristalizam na cultura em que surgidos, induzindo o homem dessa mesma cultura a concretizá-los, uma vez que, com brasa, alojam-se, inscrevem-se em nosso espírito, levando-nos a construir a cultura e, dentro dela, a criar as instituições e o Direito. É que os valores, convertidos em ideais e instituições, fixam-se, de tal modo na inteligência e na cultura que, considerada a fase civilizatória em que nos encontramos, não é fácil encontrar alguém que se ponha contra a democracia, a liberdade, a igualdade, a dignidade ou os denominados direitos sociais. São expressões conceituais que refletem, que exprimem alguns dos valores mais caros à nossa civilização. Incorporados à cultura, passam eles (os valores) a exigir e demandar a sua realização, concretização, materialização, porque, à luz desse momento histórico, traduzem o que entendemos por conquistas civilizatórias.

Assim, aquele que está imerso em nossa cultura, na ocidental, evidentemente, não pode abjurar essas ideias ou ideais porque estaria a abjurar a própria ideia de civilidade, a qual se encontra vincula-

da a questões como dignidade humana, liberdade e igualdade, porque fundamentos do Estado de Direito Democrático. Não à toa, o tirano, mesmo o que se situa fora do Ocidente, mas que o tem como um padrão civilizatório, sobretudo à luz da Carta Internacional dos Direitos Humanos, denomina seu regime político de democrático, elabora e promulga constituições, exalta a liberdade, se diz obediente à lei e se nega a reconhecer qualquer acusação de tirania ou de praticar violação aos direitos humanos. Naturalmente, o que querem esses tiranos é dissimular que cultuam valores diferentes dos que a sociedade entende como justos, para, quem sabe, alcançarem um mínimo de legitimidade.

3 Somos um pé de cacto condenado a produzir orquídea rara!

Somos um ser imanente que, iluminado pela racionalidade, vê-se compelido a transcender a si próprio para constituir sua identidade, sua cultura, bem como para dar um sentido à vida. Remédio que dói, e nem sempre cura, remédio que dói, e transfigura. Devemos nos lastimar? Claro que não! O que seríamos se tivéssemos nossa alma algemada à ordem da necessidade? Nada! Ao que parece, uma força espiritual, uma ferida de transcendência, um fenômeno indizível sempre nos estendeu a mão, ainda que laico ou agnóstico, porque exatamente é essa nossa condição de seres culturais, o que possibilita desfrutar de nossa liberdade, de nossa singularidade, de nosso convívio na pluralidade, da perspectiva que temos de futuro. Enfim, parafraseando Pascal, somos orquídeas raras que se constroem a partir de um pé de cacto; no entanto, ainda assim, temos consciência de que somos o insignificante pensante. Sabemos que nada somos diante da grandeza da natureza e do mundo, sabemos que o universo pode nos esmagar durante a travessia da existência, mas, mesmo assim, continuamos maiores do que o que pode nos aniquilar. “Nós somos plantas que, apoiadas nas raízes,

têm de romper o solo, a fim de poder florescer no Éter e dar frutos” — escreveu o poeta Johann Peter Hebel.

Sem razão alguns teóricos e filósofos, para os quais não conhecemos nem contamos com elementos fortes e aptos o suficiente para nos assegurar que exista um sentido para o homem e para a vida. Ora, uma sociedade incapaz de encontrar um sentido para si mesma é uma sociedade sem causa, uma sociedade perdida, escravizada ou manipulada, exatamente como se esboça a sociedade que tem como dominante a ideologia científico-tecnologizante. Seja da perspectiva agnóstica, da niilista, ou da religiosa, nascemos com vocação para a transcendência, quer como “transcendência na imanência”, como “transcendental”, quer como “absoluto pensado no interior do mundo e da história”⁵ (FERRY, 1999, p. 46-47, 503). Embora nos confessemos otimistas, não temos uma visão ingênua do homem. Não somos ingênuos o bastante para admitirmos que haja no homem uma bondade inata; não obstante, pensamos que pode não assentir aos reclamos de sua ordem natural e resistir ao convite da natureza para viver no mundo das necessidades. Já nos confessamos otimistas, mas não somos cínicos nem otimistas que não trabalham. Preferimos o otimismo ao pessimismo porque todo pessimismo se agarra ao pretérito, tem apego ao passado, opção que equivale a roubar o futuro. Talvez nos coloquemos no mundo como produtos cabais desta assertiva de Nietzsche: “Todo ser humano que busca a grandeza é um ser humano mau: é a única maneira de se suportar”.

Entendo que dois espectros, adversários entre si, habitam a alma humana: o egoísta e o moral. A sociedade, a educação e o processo civilizatório fazem com que esses opostos estendam uma ponte sobre o oceano que os separa, fazem com que esses contrários se comuniquem, se entendam, ainda que ambos se mantenham em praias opos-

⁵ A primeira expressão é de Luc Ferry, a segunda, de Kant, a terceira, de André Comte-Sponville (FERRY, 1999, p. 46-47, 503).

tas. Desse diálogo nasce, pelas mãos da racionalidade e da liberdade, o *zoon politikon* (Aristóteles). Com fundamento em Hobbes (1979), porém, sem adotar suas conclusões, pensamos que, enquanto as forças impulsivas e as paixões humanas, energias realizadoras das ações, nos impelem a tudo querer, a tudo desejar, a razão mostra-nos que, em assim procedendo, produzimos conflitos, nos lançamos uns contra os outros, produzimos a guerra, enfim, colocamos em risco o bem que mais queremos preservar: a vida! Daí que, por temermos a morte, dobramo-nos aos conselhos da razão e passamos a buscar a construção do *pactum*, palavra que deriva de *pax* e que carrega o seu conteúdo axiológico, ou seja, mudamo-nos de lobos em lobos togados.⁶

Não que seja fácil a empresa de nos projetar para além de nossas condições biológicas, históricas, sociais e econômicas. Às vezes, temerosos ou seduzidos pelo universo social posto, tendemos a nos acomodar e a nos dissolver na multidão. Mas, em regra, seres teleológicos que somos, exceto quando nos deixamos trair a nós mesmos, somos seres com vocação para a transcendência, estatuto ontológico que fundamenta a nossa existência e prova material de que a nossa liberdade e a nossa racionalidade só se justificam na medida em que as exercemos para dar sentido ético à finalidade de nossa ação. A verdade é que somos seres transcendententes; portanto, ao contrário dos animais irracionais, que só conhecem o aqui e o agora, que não possuem a noção de tempo nem de espaço, que não têm futuro nem passado, nós, em nossa transcendência, não nos conformamos com o finito, somos rebeldes ao que a realidade oferece, queremos mudá-la, queremos fazer da realidade o que queremos que ela seja. Enfim, vivemos em busca de algo que não é, nunca estamos contentes com o presente, parecemos ter saudades do futuro, sensação que nos angustia e nos salva!

⁶ Numa perspectiva freudiana, todos nós carregamos desejos antissociais e, por essa razão, necessitamos de limites, venham eles de agentes externos (lei), venham eles da autoridade interior (supereu), os quais, temperados pelos ideais culturais e pelas religiões, uma espécie de neurose universal para Freud, minimizam nossa tendência à agressividade e nos permitem a sociabilidade.

Professor Boson, ao comentar a obra de Max Scheler, autor que introduz entre nós uma compreensão menos pretensiosa da razão e mais lúcida da natureza, esclarece que a razão limita-se a elaborar e a oferecer ideias às forças impulsivas (instintos, desejos, inclinações, paixões,⁷ interesses), estas, sim, forças realizadoras das ideias e dos ideais humanos. As ideias, com efeito, quando diante das forças da natureza, não significam mais que um farol, um feixe de luz a indicar o sentido de direção a essa nossa energia impulsiva que emerge da natureza, do nosso campo corpóreo-sensorial e psíquico, inicialmente cego para tudo o que advém da razão (valores, ideias, pensamento lógico, etc.). É desse atrito entre opostos indissolúveis que nasce a fagulha da ignição do motor que movimentava as ações e as realizações do homem, que se dão mediante a intervenção da vontade. Mas, se as forças da natureza se manifestam como algo mau à luz da consciência ética, cumprir à vontade conduzir essas forças em direção a bens superiores, cabe à vontade canalizar as forças da natureza rumo às energias positivas. Opor a vontade às forças da natureza — diz Max Scheler — apenas as fortalece, as excita e as estimula a seguir a direção contrária ao esforço da vontade. Portanto, as ideias e os ideais somente prosperam se, na relação espírito/natureza, contarem com a adesão dos desejos, dos interesses, das paixões, isto é, dos elementos que constituem nosso lado natureza. Se não contam, permanecem ideais ou ideias, mas não se concretizam, não se materializam. Como muito bem pontuou Espinosa (1983), “a razão é incapaz de reger as paixões, exceto se ela mesma se converte em uma paixão”. É que as forças da natureza (desejos, paixões, interesses) são como o vento que bate nas velas da embarcação (ideias ou ideais), empurrando-a rumo de seu objetivo. Nos humanos,

⁷ Nesse particular, conforme Espinosa, o filósofo que nos ensinou que só se combate uma paixão com outra, que uma paixão cujo objeto se tem como possível é mais forte que outra, cujo objeto é tido como impossível. Se se pergunta ao filósofo Espinosa o que é o bem, responde: “a consciência da alegria”. Se se lhe pergunta o que é o mal, responde: “a consciência da tristeza” (ESPINOSA, 1983).

os elementos natureza e espírito constituem uma unidade vital, daí por que ideias nascidas do espírito humano, jungidas às forças da natureza, se manifestam como uma unidade vital e se convertem numa espécie de energia com vistas a concretizar com ímpeto seus objetivos. São as paixões que sustentam e movimentam as ideias que transformam o mundo, não as próprias ideias, as quais, sem a paixão, não têm eficácia realizadora, são como sementes que não germinam.

Fosse o homem só natureza, ele não conheceria a liberdade; fosse o homem só razão, esta seria angelical, santa. “É sob a pressão de dois polos (as inclinações comandadas pela natureza e as leis práticas impostas pela razão pura prática)” (SALGADO, 1995, p. 235), que o homem delibera, submetendo-se ou não à lei moral por ele mesmo socialmente prescrita. Dessa tensão entre nossa vocação para a transcendência e nossa raiz de imanência nasce o homem, equilíbrio que nos propicia compreender o sentido da vida, sendo, ele mesmo, constitutivo de nossa condição. Em verdade, a condição humana nasce desse antagonismo entre razão e vida, nasce de uma relação dialética entre opostos indissolúveis, razão e natureza. Portanto, pode-se afirmar que a razão é capaz de produzir os movimentos da vida social, desde que jungida às forças da natureza; porém, a razão não controla os movimentos das forças da natureza (desejos, necessidades, instintos, paixões), apenas pode lhes oferecer direção, rumo, sentido.

É que são as nossas necessidades, desejos e paixões que movimentam o nosso intelecto no sentido de lhe conferir eficácia nas ações; contudo, cabe à nossa racionalidade, sobretudo à razão prática, ponderar, sopesar, aferir, julgar a ação que se desenha no intelecto, antes de autorizar a conduta, que se exterioriza como vontade. A razão, operando sua função, concebe e apresenta, às forças da natureza, o conhecimento, a ética, as ideias e os valores da cultura; as forças da natureza, operando sua função, penetram nas leis da razão e se deixam penetrar por elas, “aceitam” ou “rejeitam” a direção que se lhe oferece o espíri-

to. Se se juntam, natureza e vontade, teremos energia apta a impulsionar a direção querida pelo espírito; mas, se as forças da natureza se impõem ao espírito e se materializam, mesmo que contra as orientações do espírito, teremos o ilícito, o imoral, o erro; se as forças da natureza, embora se contraponham às orientações do espírito, não se impõem ao espírito, elas se convertem em sublimação, em energia canalizada pelo espírito rumo aos bens mais altos. Assim, mediante essa penetração e interpenetração, mediante essa junção, essa fusão indissolúvel entre as forças da natureza e as luzes do espírito, tem início o curso que dá andamento às construções finitas da história humana.

4 O homem não é só natureza ou somente razão. É ambos!

Em verdade, o homem não é só natureza ou somente razão. É ambos! O homem, assim como as civilizações, é fruto da sublimação dos desejos, interesses e dos instintos que dão asas à inteligência humana. Distingue-se da natureza, dos instintos e desejos, na medida em que tem consciência de si mesmo, de sua liberdade. Embora saiba que existe sobre a natureza, que seus elementos vitais têm suas raízes na natureza, dela se desprende, ainda que a um preço altíssimo, para garantir sua dignidade e a construção de um mundo que é só seu: o da cultura! Deixemos a palavra aos cuidados do professor Gerson de Brito Mello Boson:

O homem apreende a realidade inteligível a partir da sensibilidade. De posse de dados apreendidos, o espírito elabora conceitos, ideias em que unifica mentalmente uma pluralidade de coisas ou de fatos análogos, tornando, assim, também inteligível o seu próprio discurso acerca da realidade. Essa atividade é própria do espírito, lhe é imanente. Ao exercê-la, por razões que a outro campo de estudos cabe explicar, o espírito fixa unidades categoriais de referências últimas — quantidade, qualidade, relação, modalidade, tempo e espaço — que fundamentam, em

limites derradeiros, a inteligibilidade de suas manifestações lógicas. Com o desdobramento multiplicado desses conceitos básicos, o homem faz a sua linguagem, o seu conhecimento não só acerca das coisas da natureza (*physis*), mas também acerca das coisas do próprio espírito (*logos*), criando um significativo universo de vida, continente abismal de universalidades de objetos, em que tudo tem a sua significação, a sua inteligência (BOSON, 1996, p. 97-98, 123).⁸

Embora reconheçamos que a história humana se mostra ambígua, não acreditamos que o homem possa se redimir pela racionalidade nem que a Ciência e o avanço tecnológico possam garantir o progresso moral. Não obstante, ainda que haja muito caminho à frente, existem, é indubitável, zonas de luz na história humana. “É nessa zona de luz que me coloco, em primeiro lugar, juntamente com os movimentos ecológicos e pacifistas, o interesse crescente de movimentos, partidos e governos pela afirmação, reconhecimento e proteção dos direitos do homem” (BOBBIO, 1992, p. 55). Caminhando pelas zonas de luz, não há razão para crer nem para descrever do progresso moral da humanidade. Situando-se numa perspectiva da vigilância crítica à realidade, nem sempre positiva ao homem, este deve entender que o sentido da vida está em transcender nossa animalidade para que possamos ir ao encontro da espiritualidade. Consoante as palavras de Eric Weil — “a prática moral torna-se prática histórica e seu sujeito não é mais o indivíduo só, mas a humanidade”. Ainda que respeite posições em contrário, penso que, se deixarmos de aspirar ao que nos inspira, ao que nos infunde liberdade e vida, algo de humano em nós vai se perdendo

⁸ Dentre as ideias espirituais empreendidas pelo homem, presente está a ideia ética, a estrutura lógica da ideia ética, o Direito. O pensamento de Miguel Reale, não obstante dele divirja no tocante à origem dos valores, coincide com o nosso nesse ponto. Ei-lo: “A regra de Direito, por conseguinte, não é criação arbitrária do espírito, nem fruto de um capricho do déspota, porquanto, para ser tal, deve necessariamente pressupor um valor a realizar, a análise das condições culturais, a apreciação das soluções que os diferentes casos comportam, para que o valor ético do preceito emanado de uma autoridade competente possua real eficácia no seio do grupo” (REALE, 1998, p. 302-303).

e algo de desumano em nós se incrusta, como mexilhões nos navios naufragados.

Em verdade, uma compreensão mais modesta da razão, uma compreensão da razão liberta de seus fundamentos metafísicos, pode vir a nos ajudar na tarefa de superação desse modo monista e simplista de ver a nós mesmos, ora só razão, ora só natureza.⁹ Seja o pensamento racionalista, que anula a natureza, pretendendo nos converter em semideuses de uma razão empoderada, seja o pensamento naturalista, que dissolve a razão na natureza, pretendendo nos reduzir ao corpóreo-sensorial, ambos fazem tábula rasa de nossa liberdade, da inteligência e vontade e acabam num vazio reacionário e desesperador. Na expressão de Pascal, não somos nem anjos nem bestas (*ni ange ni bete*); na lição do Prof. Joaquim Carlos Salgado, não somos nem anjos nem animais, parecemos estar entre uma condição e outra:

O que ocorre é que o homem não é nem uma divindade (então agiria sempre conforme a vontade pura, que por isso seria santa), nem é fera (que não tem capacidade moral, só se movendo pelas leis da natureza), nem ser diabólico que escolhesse o mal pelo mal — caso em que a liberdade seria totalmente destruída, pois ou o mal seria algo externo que determinaria a razão pura prática, ou a razão pura prática seria uma faculdade maligna, que criaria leis antimorais, o que seria uma contradição. Um ser irracional não comete nenhum mal moral, embora possa ser considerado mau. Num ser diabólico seria impossível a liberdade e a própria razão pura prática (SALGADO, 1995, p. 240).

Sob a ótica do aprofundamento do conhecimento sobre a natureza corpóreo-sensorial e psíquica do homem, ainda que existam

⁹ Oportuno advertir que há um processo de mutação em andamento rumo à superação do que hoje nomeamos humano, que progride na medida em que avança a biotecnologia e que, se se concretizar, fará com que o homem petrifique a sua alma com a biologização de sua existência. Para que evitemos essa cilada, devemos unir o homem ao homem, fazer com que caminhe de si a si mesmo; enfim, abortar esse inescrupuloso reducionismo propagado pelo pensamento monista, talvez seja o nosso grande desafio neste milênio. O monismo não passa de um anti-humanismo, quer se revele sob o manto do naturalismo, quer do racionalismo.

novidades, a evolução da biologia só veio comprovar que diferenças raciais nem sequer existem e que, se existem povos ricos e povos pobres, a causa está na cultura, não no DNA. Existem, sim, culturas mais ajustadas, articuladas, aptas a construir o progresso material e espiritual,¹⁰ não obstante a controvérsia que carrega o vocábulo progresso. No que toca ao DNA, sabe-se hoje que dois alemães podem possuir maior diferença genética do que um brasileiro negro e um alemão. Pouco importa, também, se a divergência nas sequências sobre o genoma humano e o do chimpanzé seja de apenas 1,3%, ou que o patrimônio genético do homem seja de 30 mil genes, apenas o dobro do da mosca, ou que a consciência seja uma evolução darwiniana.

Não obstante conheçamos de nosso espírito o equivalente ao que conhecemos do Universo, evoco Edgar Morin, que, alicerçado em MacLean e sua ideia sobre o cérebro humano, escreve que o que temos

[...] é um cérebro triúnico; tal como a Santíssima Trindade, há três seres que são distintos, sendo, simultaneamente, o mesmo; tal como possuímos um cérebro réptil ou paleocéfalo, que é a sede de nossos impulsos mais elementares: a agressividade, o cio; possuímos o cérebro mamífero, com um sistema límbico, que permite o desenvolvimento da afetividade; enfim, temos o córtex e, sobretudo, o neocórtex, que desenvolveu incrivelmente o cérebro do *Homo sapiens* e é a sede das operações da racionalidade (MORIN, 2009, p. 124).

O *homo sapiens*, sob qualquer perspectiva que se adote, é uma espécie singular, singularidade que deriva de nossos atributos exclusivos, como o desenvolvimento da linguagem e da consciência. Além da consciência e da linguagem, o *homo sapiens* desenvolveu talentos

¹⁰ “Veja: O senhor acredita que a humanidade progride ao longo da história? Resposta de Claude Lévi-Strauss: Não acredito que se possa falar em progresso com ‘P’ maiúsculo. Nós não temos nenhum sistema de valores que nos permita dizer que uma escolha é superior a outra. Para mim, seria mais adequado falar em progressos no plural. Não há dúvida de que em vários domínios — na ciência, por exemplo — um considerável progresso foi realizado” (REVISTA VEJA, 2003, p. 90).

outros, como a autoconsciência, a intencionalidade e a criatividade, frutos de seu processo evolutivo.

Sob a perspectiva naturalista/materialista, a ideia de que da matéria viemos, da matéria vivemos e a ela retornaremos não esgota o mistério da existência. Ao contrário, o espanto permanece. Afinal, como explicar: se, somos natureza/matéria, que forças levaram-na a se converter em espírito, em cultura? Se somos matéria, quem — como recorda Luc Ferry — daria ouvidos àquele que argumentasse dizendo: “Atenção, não sou ‘eu’ que vou falar agora, mas um agregado provisório, inconsciente e complexo de células e história cujo efeito, aqui e agora, é afirmar isto ou aquilo?” (FERRY, 1999, p. 24).

Aliás, recentemente,

[...] biólogos passaram a compreender cada vez mais que a linguagem, a autoconsciência, o mito e o ritual eram fenômenos complexos, caracteristicamente humanos, que não podiam ser simplesmente vistos como elaborações sobre o comportamento primata genérico. Os antropólogos, por sua vez, admitiram em grande parte que a teoria que fez tábula rasa da socialização humana é insustentável (ERIKSEN, 2007, p. 201-202).

Enfim, entender a contingência e a finitude humana pressupõe admitir que não somos essencialmente reais. Ou seja, somos limites e possibilidades; somos a realidade que nos impinge nossas âncoras, nossas leis determinantes, e somos a realidade que criamos, isto é, somos realidade e sonho. A conclusão é: nem toda razão aos materialistas nem toda razão aos racionalistas; precisamos compreender que somos substancialmente razão que se alicerça na substancialmente matéria, que somos produto de um delicado equilíbrio entre a natureza e o espírito, entre o temporal e o sublime. É de se concluir que sobre o ser humano existem mais dúvidas que certezas, pelo que a Antropologia tem de se manter aberta, como todo bom conhecimento científico.

Referências

ARENDDT, Hanna. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

ARLT, Gerhard. *Antropologia filosófica*. Trad. Antônio Celiomar Pinto de Lima. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOSON, G. B. M. *Filosofia do Direito: interpretação antropológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

DESCAMPS, Christian. *As ideias filosóficas contemporâneas na França (1960-1985)*. Trad. Arnaldo Marques. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

ERIKSEN, Thomas Hylland. *História da Antropologia*. Trad. Euclides Luiz Calloni. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

ESPINOSA. Trad. Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).

FERRY, Luc. *A sabedoria dos modernos*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Revista Veja*, São Paulo, Edição Especial n. 26, set. 2003.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 16. ed. Trad. Eloá Jacobina. Rio Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

REVISTA VEJA. São Paulo, Edição Especial n. 26, set. 2003.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SARTRE, Jean Paul. *Questão de método*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

“ *O texto é bom. Temos uma carta realista.* ”

Bernardo Cabral

Deputado Federal, relator da Constituinte,
em trecho publicado na Revista *Veja* de 7 de setembro de 1988.



Musical notation for the song "Pátria amada, Brasil!". The notation is presented on three staves. The top staff shows a treble clef, a key signature of one flat (B-flat), and a common time signature (C). The middle staff contains the lyrics: *Pá - tria a - ma - da, Bra - sil!*. The bottom staff shows musical notes corresponding to the lyrics.

Uso e abuso da justiça gratuita ante o princípio constitucional do amplo acesso à Justiça e respectivos impactos no orçamento do TJMG

Lupércio Paulo Fernandes de Oliveira

Juiz de Direito em Minas Gerais;
Ex-Professor de TGP e Direito Processual Civil I;
Pós-Graduado em Gestão Judiciária pela
Universidade de Brasília (UnB).

1 Introdução

Em caso de lesão ou ameaça a direito, o jurisdicionado anseia pela materialização da clássica expressão universalmente difundida no meio jurídico, *fiat justitia et pereat mundus*, vale dizer, “faça-se justiça, embora pereça o mundo”, a qual Hegel (1821, p. 114-115), com singular perspicácia, aprimorou para *fiat justitia ne pereat mundus*, isto é, “Faça-se justiça para que o mundo não pereça”.

No entanto, quando dois princípios constitucionais, previstos no art. 5º, incisos XXXV — *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* — e LXXIV — *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*, encontram-se em rota de colisão, sobretudo num

momento histórico em que a arrecadação tributária estatal é cada vez maior, mas, ao mesmo tempo, os recursos provenientes do orçamento público nunca são suficientes para atender às demandas da sociedade, de que modo a concessão ou o indeferimento da justiça gratuita podem se materializar, em face da aparente ambiguidade entre os textos da própria Constituição Federal/1988, da Lei nº 1.060/1950, parcialmente revogada, e da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, sem que haja ofensa ao direito fundamental do amplo acesso à Justiça?

De fato, a CF assegura expressamente o *amplo acesso à Justiça*, também denominado de *princípio do direito de ação* ou *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, em seu art. 5º, inciso XXXV. Todavia, a efetivação do direito fundamental do acesso à Justiça implica reexame metodológico da aplicabilidade de certos institutos, notadamente da assistência jurídica integral e gratuita, constitucionalmente garantida pelo mesmo art. 5º, inciso LXXIV, tendo em vista o espantoso e crescente número de pedidos de obtenção da benesse legal nos casos concretos submetidos a julgamento, devida ou indevidamente, o que acaba gerando impactos extremamente negativos no orçamento público dos tribunais e, via de consequência, sensíveis prejuízos a todos os jurisdicionados.

Constata-se que, até hoje, não existe, no Brasil, um critério objetivo para regular satisfatoriamente a concessão da assistência judiciária aos necessitados, ainda normatizada em parte pela Lei nº 1.060, de 5/2/1950, assim como para disciplinar o deferimento da justiça gratuita, que passou a ser regulamentada pelo novo CPC, desde quando entrou em vigor no dia 18/3/2016, sem, contudo, positivar o referido critério objetivamente, abrindo margem para que uma interpretação meramente literal de seu texto acarrete indesejáveis distorções em decorrência de abusos do direito e má-fé processual.

De outro lado, não se pode ignorar que o indeferimento dos pedidos de justiça gratuita, sem critério objetivo previamente definido, pode acarretar a supressão ou mitigação da garantia do amplo acesso à Justiça, mas, *a contrario sensu*, a concessão da benesse de forma indiscriminada pode promover o caos do Poder Judiciário, em meio à avalanche de aventuras jurídicas que desembocam diariamente nos tribunais, ante a inexistência do temor de arcar com os ônus da sucumbência, em caso de derrota.

Assim, importa analisar o uso e abuso da justiça gratuita *versus* o princípio constitucional do amplo acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito, devido à virtual desarmonia entre referidos institutos, com o intuito de apresentar uma sugestão de compatibilização para garantir aos jurisdicionados a possibilidade de efetivação dos seus direitos em juízo, quando o benefício for regularmente concedido e, surpreendentemente, mesmo se restar indeferido, por ser destituído de fundamento e em desacordo com a situação econômico-financeira do postulante, de modo a evitar efeitos nocivos sobre todo o sistema, através da preservação da saúde orçamentária institucional.

A metodologia emprega parte da pesquisa qualitativa de caráter descritivo e explicativo, consistente na investigação das normas específicas em vigor sobre a matéria em nosso ordenamento jurídico, desde meados do século passado, abordagem da doutrina, jurisprudência, artigos de periódicos em material bibliográfico impresso ou informático, extensa análise documental de relatórios oficiais, e do procedimento comparativo para encontrar um ponto de equilíbrio para a realidade jurídica brasileira, por causa das atuais repercussões da concessão e do indeferimento da justiça gratuita no direito de ação e seus reflexos orçamentários, com ênfase no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sem deixar de lado as constatações empíricas dos fatores econômicos, políticos e sociais e sua carga de influência nos resultados do problema pesquisado.

Em resumo, parte-se de uma indispensável explanação acerca das três ondas de acesso à Justiça, iniciadas em 1965, e a drástica progressão do acervo processual do TJMG nas últimas décadas, passando por uma breve distinção entre os conceitos de assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita, a natureza jurídica das custas processuais e a disciplina legal da gratuidade da justiça, até a evolução da linha interpretativa do tema nos tribunais pátrios. Logo depois, a fim de alargar a visão da assistência jurídica no mundo ocidental contemporâneo, foram registradas algumas nuances do direito comparado, bem como investigados os impactos do custeio da justiça gratuita no orçamento do TJMG e, conseqüentemente, a necessidade do advento de um critério uniforme e objetivo para a concessão do benefício da gratuidade, seguindo, então, as considerações finais.

Longe de esgotar o tema, busca-se, *de lege lata*, uma interpretação mais condizente com a nossa realidade social, inclusive decorrente das evidentes limitações orçamentárias, através de críticas aos pontos controvertidos e lacunas, e, *de lege ferenda*, um aprimoramento do sistema judicial brasileiro, em defesa de uma prestação jurisdicional mais justa, igualitária e eficiente.

2 As três ondas de acesso à Justiça e sua repercussão no expressivo aumento do acervo processual do TJMG

A preocupação científica com o direito fundamental do acesso à Justiça surgiu em meados da década de 1960, impulsionada por três correntes denominadas de três ondas de acesso à Justiça: primeira onda, *hipossuficientes econômicos*; segunda onda, *interesses transindividuais*; e, terceira onda, *novas fórmulas de instrumentos*.

Cappelletti e Garth (1988, p. 31) destacam, a propósito, que:

O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do

mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira 'onda' desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses 'difusos', especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente 'ênfase de acesso à Justiça', porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Internacionalmente, o direito já era assegurado, pelo menos no plano formal, desde a Declaração Americana dos Direitos do Homem de 1948 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, também de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional em 12/12/1991 e promulgado por meio do Decreto nº 592, de 6/7/1992, e a Convenção Americana de Direitos Humanos ou *Pacto de San José da Costa Rica* de 1969, ratificado pelo Brasil em 7/9/1992 e promulgado por meio do Decreto nº 678, de 6/11/1992.

Em linhas gerais, referidos diplomas e tratados partem da compreensão ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam manter a dignidade inerente a todos os membros da família e gozar plenamente dos direitos da personalidade, econômicos, sociais, culturais, cívicos e políticos, dentre os quais, obviamente, o de ingressar na Justiça para fazer respeitar os seus direitos fundamentais, inclusive quando violados pelo próprio Estado ou quaisquer agentes investidos da função pública.

Na verdade, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma corrida desenfreada à Justiça brasileira em busca da efetivação dos direitos conquistados com a redemocratização do país. Isso acarretou uma explosão demandista jamais vista em toda a

história do nosso Poder Judiciário, minando a respectiva capacidade de responder aos anseios do jurisdicionado no tempo esperado.

“Existe uma judicialização que atinge a vida de todos nós. Estamos vivendo uma epidemia de processos judiciais no País e, diante disso, é preciso pensar em algum tipo de remédio. São mais de 100 milhões de processos, um em cada dois brasileiros está em juízo”, declarou o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso (2015), na abertura da programação científica do XXII Congresso de Magistrados Brasileiros, realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB.

Diante desse quadro e da quase inércia da sociedade civil organizada, motivada principalmente pela cultura brasileira da litigância, ao Poder Judiciário não restou alternativa, senão ocupar o espaço vazio e instituir projetos de acesso à Justiça, em parceria com instituições privadas, com o fim de resgatar a cidadania dos excluídos e evitar a própria asfixia causada pelo incessante aumento da demanda, sem o necessário aparelhamento.

Em Minas Gerais, merece referência a experiência vitoriosa dos antigos Juizados Informais de Pequenas Causas, regulamentados pela Resolução nº 236/92, de 10/4/1992, posteriormente transformados nos Juizados Informais de Conciliação, por força da Resolução nº 378/2001, destinados a resolver conflitos de interesses, antes da judicialização, com ênfase na mediação e conciliação, proporcionando o diálogo entre as partes, de forma pacífica, rápida, como elemento redutor do número de feitos em curso nos Juizados Especiais e para atender as demandas não alcançadas por eles.

Importante citar, ainda, outra iniciativa pioneira de pacificação dos “*conflitos de família*”, através do “*Projeto Conciliação*”, implantado nas Varas de Família da Capital, em 1/9/2002. Com elevado índice de acordos em questões sociais intimamente ligadas à violência doméstica e perceptível aumento da presteza na outorga da tutela jurisdicional, o projeto-piloto foi institucionalizado por meio da Resolução nº 407 do TJMG, de 14/2/2003, passando a denominar-se “*Central*

de Conciliação”, quando foi, então, expandido para diversas Comarcas do Estado.

Convém destacar que o projeto recebeu, concorrendo com mais de 400 práticas inovadoras de todo o país, o Prêmio Innovare - Edição I - 2004, instituído com o fim de divulgar soluções para os demais Tribunais usufruírem da mesma *expertise*.

Hoje, na fase pré-processual, o TJMG cumpre ainda um papel preventivo, por intermédio do CEJUSC - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, instalado em inúmeras comarcas do Estado, por força da Resolução nº 661/2011 do TJMG e da Resolução nº 125/2010 do CNJ, dirimindo o conflito já em seu nascedouro, de variadas naturezas, de modo informal, gratuito e por meio do acordo, intermediado por voluntários, em espaço adequado para este fim nas comunidades.

Pode-se lograr um caminho mais curto para o entendimento entre as partes, evitando-se maiores desgastes psicológicos e econômicos que envolvem os processos judiciais, sob o rito tradicional, em geral, complexo e custoso.

Nada obstante, mesmo com a implantação de todos esses projetos alternativos de solução de conflitos, ocorreu um alarmante aumento do acervo processual do TJMG. O Relatório Anual de Movimentação Processual, divulgado pela Seplag - Ceinfo, revela que o acervo na 1ª Instância do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais saltou de 507.870 feitos ativos, em 1994, para 6.063.674 de processos físicos, em 2015, e, se somadas a 2ª Instância e as Turmas Recursais, totalizam quase 6,3 milhões de feitos ativos.¹

Percebe-se, dessarte, que *o número de processos cresceu vertiginosamente*, visto que o total geral aumentou, em pouco mais de duas

¹ TJMG. Portal da Transparência. TJ em Números. Estatísticas da 1ª Instância. *Relatório Anual de Movimentação Processual*, Belo Horizonte-MG, 2015, p. 6. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/.F7/F4/F9/DA/9E333510139BD135DD4E08A8/Movimentacao%20Processual%20-%20Jan%20a%20Dez%20de%202015.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

décadas, *quase 12 (doze) vezes*, enquanto a *produtividade média por juiz* foi ampliada em praticamente *4 (quatro) vezes*, em grande parte pela instalação de varas, criação do cargo de assessor de juiz e implantação das novas tecnologias da informação e comunicação (TICs), embora o *número de magistrados* nem sequer tenha dobrado, pois teve um acréscimo de apenas *67% em seu quadro*.

Durante o painel “*O Direito e a transformação social*”, do XXII Congresso de Magistrados Brasileiros, Barroso (2015) reconheceu aspectos positivos no aumento da quantidade de processos em tramitação, mas apontou a falta de estrutura como uma das questões mais graves que congestionam os tribunais; por isso, destacou também a necessidade da adoção de métodos alternativos, como a conciliação, para imprimir maior celeridade à Justiça.²

É bom saber, a propósito, que o recente pensamento já encontra ressonância em outros segmentos do meio jurídico, sobretudo na advocacia, porquanto, na abertura do Congresso de Mediação e Conciliação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/MG), em 15/9/2016, o Vice-Presidente do Conselho Federal da OAB, Luís Cláudio Chaves, pontuou que a mediação e a conciliação resolvem com celeridade as lides e dão maior credibilidade à advocacia e ao Judiciário, pois representam a humanização das relações jurídicas, enquanto o Presidente da Caixa de Assistência dos Advogados, Sérgio Murilo Braga, reconheceu que não é possível que uma população de pouco mais de 200 milhões de habitantes tenha mais de 100 milhões de processos, porque não há estrutura judiciária capaz de dar conta dessa beligerância.³

² TJMG. Portal da Transparência. TJ em Números. Estatísticas da 1ª Instância. *Relatório Anual de Movimentação Processual*, Belo Horizonte-MG, 2015, p. 6. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/.F7/F4/F9/DA/9E333510139BD135DD4E08A8/Movimentacao%20Processual%20-%20Jan%20a%20Dez%20de%202015.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

³ Painel “Novas Oportunidades na Advocacia”. In: CONGRESSO de Mediação e Conciliação da Ordem dos Advogados do Brasil. OAB/MG, Belo Horizonte-MG, 15 set. 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/mediacao-e-conciliacao-sao-tema-de-congresso-da-oab-mg.htm#.V-H7AvkrKM9>>. Acesso em: 16 set. 2016.

3 Breve distinção entre assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita

Embora utilizados com frequência no mesmo sentido, sobretudo por força dos rotineiros erros de natureza técnica cometidos pelo próprio legislador, os termos “*assistência jurídica*”, “*assistência judiciária*” e “*justiça gratuita*” possuem significados diversos.

A “*assistência jurídica*” possui maior abrangência do que a *assistência judiciária*, tendo em vista que compreende tanto a representação em juízo ou defesa judicial, quanto a prática de atos jurídicos extrajudiciais, como, por exemplo, a instauração e acompanhamento de processos administrativos perante órgãos públicos e serviços notariais e de registro, atividades de consultoria, encerramento, aconselhamento, informação e orientação em assuntos jurídicos. Já a “*assistência judiciária*” abrange a defesa do assistido em juízo, através do Estado, via Defensoria Pública, ou por entidades não estatais, via núcleos e centros de assistência jurídica das faculdades, ou por intermédio de advogados particulares, conveniados ou não com o Poder Público (*no mesmo sentido*: MORAES, 1999, p. 58).

Por fim, o conceito de “*justiça gratuita*” é bem delimitado pelo saudoso mestre Pontes de Miranda, *in verbis*:

Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo. Para o deferimento ou indeferimento do benefício da justiça gratuita é competente o juiz da causa (MIRANDA, 1987, p. 641-642).

Em geral, a concessão do benefício da justiça gratuita por decisão do juiz dispensa a parte, provisoriamente, de efetuar o preparo prévio ou o pagamento das *custas processuais*, compostas pelas custas judiciais e taxa judiciária, no ato da distribuição da ação, e, durante o curso do feito, das demais *despesas processuais*, que englobam os gastos postais, com publicação de editais, verba de diligência do oficial de justiça, honorários periciais, remuneração do tradutor ou do intérprete, depósitos recursais ou para propositura de ação, legalmente previstos, emolumentos devidos a notários ou registradores em função da prática de ato necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade do processo judicial amparado pela gratuidade, honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, etc.

4 Natureza jurídica das custas processuais

As *custas processuais*, constituídas pelas *custas judiciais* e a *taxa judiciária*, são espécie do gênero tributo, da modalidade taxa, devidas pela utilização de um serviço público específico e individual posto à disposição dos jurisdicionados.⁴

Por meio de diversos precedentes, observa-se que não existe espaço, no campo tributário, para interpretações que afastem a concretização dos princípios da isonomia, universalidade, solidariedade, capacidade contributiva e justiça tributária.

No Estado de Minas Gerais, a contagem, a cobrança e o pagamento das custas remuneratórias dos serviços judiciários devidas ao Estado, no âmbito da Justiça Estadual de primeiro e segundo grau, encontra respaldo na Lei nº 14.939, de 29/12/2003, cujo art. 4º as define como sendo despesas com atos judiciais praticados em razão de ofício, especificados nas tabelas do respectivo anexo, e referem-se ao registro, à expedição, ao preparo e ao arquivamento de feitos.

⁴ Nesse sentido, já decidiu o excelso STF: ADI 948, Rel. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, j. em 9/11/1995, DJ de 17/3/2000, p-00002, ement. vol-01983-01, p. 00043, RTJ vol-00172-3, p. 00778.

Portanto, eventual sonegação fiscal, vale registrar, constitui crime contra a ordem tributária, tipificado pelo art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/1990, que comina *pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa*, sem prejuízo, obviamente, das demais sanções de ordem processual e administrativa impostas à parte, conforme estabelece o art. 100, parágrafo único, do NCPC, consistentes no pagamento das despesas processuais que tiver deixado de adiantar e, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.

Aliás, por essa razão, a lei proíbe o magistrado de despachar a petição inicial ou reconvenção, dar andamento ao processo, proferir sentença ou prolatar acórdão, bem como o servidor de distribuir ação ou reconvenção, expedir mandado, dar andamento ou fazer conclusão dos autos ao julgador, sem a regular comprovação do pagamento das custas judiciais, sob pena de responsabilidade pessoal pelo cumprimento da obrigação, além das sanções administrativas cabíveis, na forma do disposto no art. 2º da Lei nº 14.939/2003.

Daí, a isenção não se cuida, a toda evidência, de ato discricionário do magistrado, no exercício do monopólio da jurisdição, devendo ser deferida apenas aos hipossuficientes, na real acepção do termo.

Mas a situação dos hipossuficientes é expressamente resguardada pelo Provimento-Conjunto nº 15/2010 do TJMG, que prevê, nos artigos 22 e 23, inciso II, o custeio das despesas processuais por meio de recursos empenhados no orçamento do Tribunal.

5 Disciplina legal da gratuidade da justiça

A Constituição Federal/1988 assegura expressamente, no art. 5º, inciso LXXIV, a assistência jurídica integral e gratuita a todos que comprovarem insuficiência de recursos.

Por sua vez, a Lei nº 1.060/1950, embora recepcionada pela CF/88, dispunha no art. 4º, recentemente revogado pela Lei nº 13.105/2015, tão somente que “*a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família*”.

Agora, desde o dia 18/3/2016, data da entrada em vigor do novo CPC, o assunto vem regulamentado pela Lei nº 13.105/2015, nos seguintes termos:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com *insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios* tem direito à gratuidade da justiça, *na forma da lei* (grifos nossos).

A inovação legislativa ficou por conta da expressa possibilidade de a pessoa jurídica obter a gratuidade da justiça, se demonstrar a incapacidade financeira de arcar com os encargos processuais, o que já era admitido pela doutrina e jurisprudência, muito antes do advento da Súmula 481 do STJ, de 28/6/2012.

6 Evolução da linha interpretativa do tema nos tribunais pátrios

Na prática, até há bem pouco tempo, prevalecia o firme entendimento nos tribunais pátrios, sobretudo nas instâncias superiores, de que bastava a mera declaração do postulante de que não possuía condições de efetuar o recolhimento das custas processuais e de assumir os honorários de advogado, a fim de que obtivesse o benefício de litigar sob o pálio da justiça gratuita, fundado na presunção legal de veracidade do disposto no art. 4º da Lei nº 1.060/1950.⁵

⁵ Vide: STF, RE 205746/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 26/11/1997. *E ainda*: STJ, REsp 682152/GO,

Mesmo em caso de derrota, o beneficiário da justiça gratuita fica isento, *ex vi legis*, de qualquer ônus ou risco de ter que arcar com o pagamento da sucumbência — *composta pelas custas e despesas processuais* — em favor da parte contrária, e de honorários sucumbenciais destinados por lei ao advogado da parte *ex adversa*, salvo se adquirir substancial elevação da renda nos cinco anos seguintes ao término da ação judicial.

Certamente, um dos fatores que motivou o sopro da mudança de entendimento foi a percepção do assombroso crescimento do número de lides e recursos temerários diariamente ajuizados no país afora. Desde então, vem ganhando força o fundamento de que a gratuidade judiciária deve ser deferida somente aos que comprovarem insuficiência de recursos, nos exatos termos do art. 5º, LXXIV, da CF, em prol dos jurisdicionados verdadeiramente necessitados, que acionam o Judiciário em busca do restabelecimento e satisfação de direitos ameaçados ou violados, sem alterar a verdade dos fatos, nem ocultar a real situação econômico-financeira, em detrimento do imprescindível custeio da atividade jurisdicional.

Nesse contexto, em meados de 2010, o Órgão Especial do TJMG, na linha de entendimento do STJ, pacificou a jurisprudência mineira, *in verbis*:

Incidente de uniformização de jurisprudência. Justiça gratuita. *Possibilidade de condicionar a concessão da gratuidade à comprovação do estado de miserabilidade*. Art. 4º da Lei 1.060/1950. *Discricionariedade do magistrado*. Livre apreciação das provas. Arts. 130 e 131 do CPC (TJMG. Corte Superior. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.0024.08.093413-6/002. Numeração única: 0934136-11.2008.8.13.0024. Rel. Des. Roney Oliveira, j. em 25/8/2010, p. em 19/11/2010) (Grifo nosso).

Rel. Ministro Jorge Scartezzini, *DJ* de 11/4/2005, p. 327, STJ. REsp 494867/AM, Rel. Ministro Castro Filho, *DJ* de 29/9/2003, p. 247. RLTR, v. 10, outubro 2003, p. 1227. RSTJ v. 173 p. 255. STJ. REsp 200390/SP. Rel. Ministro Edson Vidigal. *DJ* de 4/12/2000, p. 85.

Aprofundando o debate, há uma corrente que defende a adoção de critérios objetivos para a concessão do benefício baseados na faixa de isenção do imposto de renda, já que o contribuinte não isento se sujeita ao pagamento de todas as espécies de tributos. Logo, se auferir rendimentos tributáveis, decerto que pode arcar com as custas processuais sem comprometer o sustento próprio e de sua família.⁶

Bastante razoável também o método utilizado em expressiva parcela dos julgados que adotam como parâmetro, para o enquadramento da parte como hipossuficiente, o sistema de triagem da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.⁷

Em 2015, de acordo com apontamentos do III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, realizado pelo Ministério da Justiça, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais restringiu o atendimento, através da Deliberação nº 025/2015, apenas à *pessoa natural*, nacional ou estrangeira, cuja *renda individual* ou *familiar* não ultrapasse, respectivamente, 3 (*três*) ou 4 (*quatro*) *salários-mínimos* — *ampliando-se para 5 (cinco) salários-mínimos quando a entidade familiar for composta por 6 (seis) ou mais membros* —, bem como, em qualquer hipótese, *não possua recursos financeiros* em aplicações ou investimentos *em valor superior a 12 (doze) salários-mínimos*, nos termos do art. 1º.

Quanto à *pessoa jurídica* de direito privado economicamente necessitada, a Defensoria Pública presta atendimento desde que, cumulativamente, não possua empregado, prestador de serviços autônomo, sócio ou administrador remunerado com valor bruto mensal superior a 3 (*três*) *salários-mínimos*; não seja proprietária, titular de direito à aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem quantia equivalente a 40.000 (quarenta mil) Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais

⁶ Vide: TJMG - Agravo de Instrumento 1.0223.05.181931-4/001, Rel. Des. Elpidio Donizetti, 13ª Câmara Cível, j. em 28/9/2006, p. em 27/10/2006.

⁷ Ainda: TJMG. Número do processo: 1.0362.03.024880-5/003(1). Numeração Única: 0248805-42.2003.8.13.0362. Rel. Des. Cabral da Silva, j. em 14/12/2010, p. em 14/1/2011.

(UFEMGs); nem possua recursos financeiros tais como capital de giro próprio, depósito bancário, aplicação ou investimento, que totalizem valor superior a 20 (vinte) salários-mínimos, na forma do art. 2º do mesmo ato normativo.

Convém observar outrossim que, com o advento do novo CPC, caiu completamente por terra o equivocado argumento de que o magistrado não poderia agir de ofício para determinar a comprovação da alegada hipossuficiência financeira pela parte, por meio de prova documental da efetiva renda própria ou familiar percebida mensalmente e do respectivo patrimônio.

Ora, diante de indícios acerca da inexistência da hipossuficiência financeira declarada, a presunção relativa contida no art. 99 do CPC pode ser desconstituída, inclusive de ofício pelo magistrado, por força do parágrafo segundo do mesmo dispositivo c/c art. 370 e 371, ambos do citado diploma legal.

Ademais, soaria desprovida de qualquer nexó lógico ou jurídico a possibilidade de a parte contrária impugnar o pedido de gratuidade, com base no NCPC, art. 100, e até mesmo notários ou registradores, em busca da satisfação do pagamento de emolumentos decorrentes da prática de ato necessário à efetivação de decisão judicial, a teor do disposto no art. 98, § 8º, embora nem sequer integrem a relação processual, e o juiz, que preside o feito, não tivesse o poder de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, determinar o suprimento dos pressupostos processuais, sanear outros vícios processuais e determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, conforme prescreve expressamente o art. 139, incisos III, IV e IX, da referida lei federal.

A propósito, já na vigência do CPC/2015, o STJ manteve o entendimento de que *o magistrado tem o poder-dever de agir, de ofício,*

para ordenar a comprovação da alegada hipossuficiência financeira pela parte, a fim de apreciar o pedido de justiça gratuita:

Do requerente. Indeferimento, de ofício, com recurso especial. Gratuidade de justiça. [...] dever da magistratura nacional. Indício de capacidade econômico-financeira prévia oportunidade de demonstração do direito à benesse. Possibilidade. Reexame do indeferimento do pedido. Óbice imposto pela súmula 7/STJ. [...] (STJ. REsp 1584130/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 7/6/2016, DJe de 17/8/2016).

7 Algumas nuances do direito comparado

Em qualificado estudo, Costa Neto (2011, p. 133/135) revela que, em 1999, o modelo de assistência jurídica adotado na *Inglaterra* passou a ser regido pelo *Access to Justice Act*, que instituiu a *Legal Services Commission* (LSC), respectivo órgão gestor, e criou o *Funding Code*, que é o conjunto de regras que norteia a concessão da assistência, estabelecendo os critérios e requisitos que qualificam o postulante como potencial beneficiário, mediante prova adequada de sua condição financeira, pela apresentação de extratos bancários e documentos assemelhados. E completa que “[...] de acordo com as condições financeiras, podem os pretendentes até mesmo ser compelidos ao pagamento de uma contribuição”.

Segundo a *The Economist* (1996, p. 47), a título de informação, para disputas abaixo de £ 31.000 na Terra da Rainha, os custos dos litígios geralmente superam o valor dos ganhos de compensação.

Há mais de três anos, com o objetivo de reduzir o número de ações injustificadas e o custo para o contribuinte, a gratuidade da Justiça do Trabalho britânica deixou de ser universal, ficando assegurado o direito de pleitear a gratuidade apenas por meio da comprovação da hipossuficiência.⁸

⁸ *Consultor Jurídico*, São Paulo, 12 jun. 2015. Inglaterra vai rever cobrança de custas processuais

Já nos *Estados Unidos da América*, o parágrafo nº 2.996f do *Legal Services Corporation Act* estabelece os requisitos e limitações para subvenções e contratos:

Entre outras coisas, a disposição em questão observa que a Corporação, após consulta ao *Director of the Office of Management and Budget* e aos Governadores de diversos Estados, deve estabelecer o limite máximo de receita para que indivíduos se tornem aptos a receberem o serviço de assistência provido pela Corporação. Ainda a entidade deve estabelecer as linhas mestras para assegurar que na fixação destes limites sejam anotados fatores como o patrimônio líquido e nível de receita do cliente; débitos fixos, despesas médicas e outros fatores que afetem a disponibilidade de pagamento do cliente; o custo de vida da localidade e outros elementos relacionados à situação financeira do potencial beneficiário, inclusive observando-se se a falta de receitas decorre de recusa ou falta de disposição voluntária ao trabalho (COSTA NETO, 2011, p. 138-139).

Basicamente, na *Alemanha*, Costa Neto (2011, p. 143/146) aponta dois requisitos para o gozo do benefício *Armenrecht* (assistência legal): um chamado intrínseco, perspectiva de êxito da causa (*fumus boni juris*), e outro extrínseco, a carência econômica do cidadão a impedir que sem prejuízo do próprio sustento faça frente às despesas relacionadas à causa.

Por fim, na *Itália*, que influenciou drasticamente o direito processual brasileiro, o regime legal da assistência ao necessitado está contido no Decreto régio nº 3.282 de dezembro de 1923, que foi classificado por Cappelletti como um “*decreto lei fascista*”, por ser herança do antigo Estado adepto dessa ideologia radical de triste lembrança. Para se ter uma ligeira ideia do quão é embaraçoso obter o

em ações trabalhistas. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-12/inglaterra-rever-cobranca-custas-processuais-acoes-trabalhistas>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

benefício no berço do Direito Romano, as estatísticas apresentadas por Cappelletti há mais de trinta anos já refletiam os nefastos efeitos do arcaico sistema:

Enquanto na Inglaterra, França e Alemanha o patrocínio gratuito foi responsável por percentuais variantes de 20% a 30% das causas, conforme períodos apurados na década de sessenta, na Itália este percentual era de 1% em 1960, 0,61% em 1964 e 0,54% em 1965. Estes dados levam o autor em questão a concluir: *‘La violación del precepto constitucional expresado en el art. 24 y sintetizado en la fórmula del ‘Estado social de derecho’ no podría ser más macroscópica’*.

Outro problema verificado é que os necessitados acabam defendidos por advogados mais jovens e inexperientes, ou mesmo ‘abogados fracassados’, de modo que ao carente até mesmo o nível qualitativo da defesa de sua causa seria inferior, perpetuando-se ao longo de todo o trâmite do processo aquela desigualdade que já se verifica no procedimento preliminar destinado à obtenção da assistência.

A rigor o Estado parece renunciar à prestação do serviço jurisdicional ao necessitado, transferindo este encargo segundo o modelo analisado à classe dos profissionais liberais advogados (COSTA NETO, 2011, p. 148-151).

8 Impactos do custeio da justiça gratuita no orçamento do TJMG

Ruschel *et al* (2014, p. 15-16) registram que, mesmo com um orçamento geral significativo, em que estão englobados todos os 91 tribunais, os orçamentos estaduais, que atendem os tribunais de justiça e os fóruns estaduais são diferenciados por estado e a maioria trabalha com verbas restritas. Logo em seguida, complementam que:

Pedroso corrobora com esta ideia ao afirmar que o fato [...] da justiça ser um serviço público, e como tal sujeito a restrições or-

çamentais, o que torna sua qualidade diretamente dependente dos recursos existentes'. A radiografia almejada pelo CNJ pretende usar o método BSC (*Balanced Scorecard*) para identificar e interpretar as divergências quantitativas e de qualidade, individualmente por estado e comparando os estados, através de métricas e indicadores cientificamente desenvolvidos.

Atualmente os dados ainda são originários dos registros nos sistemas tradicionais, mas, em breve, serão buscados em tempo real nos tribunais que vierem a utilizar o processo eletrônico.

Nesse contexto, o TJMG encontra-se historicamente classificado na terceira posição pelo CNJ, no grupo dos cinco tribunais de grande porte do país, que concentram 51% do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional, 43% da população brasileira, 70% dos processos da Justiça Estadual e 57% dos processos de todo o Poder Judiciário. Vide a respeito a Tabela 4.1 do Relatório Justiça em Números 2015 - ano-base 2014:

Tabela 4.1 - Classificação e *Ranking* da Justiça Estadual, ano base 2014 *

Grupo	Tribunal	Score	Despesa Total da Justiça	Casos Novos + Pendentes	Número de Magistrados	Força de Trabalho (servidores e auxiliares)
1º Grupo: Grande Porte	1 TJ - São Paulo	4,303	8.362.824.642	26.152.101	2.566	66.365
	2 TJ - Rio de Janeiro	1,305	3.787.885.038	12.478.886	802	25.945
	3 TJ - Minas Gerais **	1,163	4.006.678.907	6.055.765	1.045	26.286
	4 TJ - Rio Grande do Sul	0,509	2.437.884.531	4.638.089	758	15.488
	5 TJ - Paraná	0,421	1.884.504.300	4.086.878	823	14.862

* Reprodução parcial. ** Original sem destaque.

Segundo levantamento realizado pelo Centro de Informações para Gestão Institucional (Ceinfo), vinculado à Secretaria Executiva de Planejamento e Qualidade na Gestão Institucional - Seplag, e disponibilizado no Sistema de Informações Estratégicas do Judiciário - Sijud, no mês de junho de 2016, havia 1.546.905 processos e 2.251.637

partes amparadas pela gratuidade judiciária somente na Justiça Comum Estadual mineira, o que representa, portanto, se somarmos os 782.465 feitos em tramitação no 1º Grau de Jurisdição dos Juizados Especiais — que também são completamente isentos de custas —, quase 40% (*quarenta por cento*) de todo o acervo processual ativo, isto é, 2.329.370 de processos integral ou parcialmente custeados pelo orçamento do TJMG, sem a coparticipação dos jurisdicionados.

Ora, em termos nacionais, dividindo-se a despesa total da Justiça pelo total de processos baixados, de acordo com as pesquisas divulgadas pelo CNJ, no relatório “*Justiça em Números*” e no Relatório de Portes dos Tribunais em Tecnologia da Informação e Comunicação, o custo médio por processo julgado, em 2013, chegou a R\$2.369,73, enquanto no TJMG foi de R\$2.196,81, levando-se em conta o tempo médio de cinco anos até a prolação da sentença em Primeira Instância, conforme dados divulgados no relatório “*Justiça em Números*” de 2009.

Assim, pode-se chegar à conclusão de que os gastos anuais realizados pelo TJMG somente no custeio dos processos amparados pela gratuidade judiciária supera facilmente a ordem de 1 bilhão de reais.⁹

Em 2015, por exemplo, o Fundo Especial do Poder Judiciário (FEPJ) mineiro, composto por receitas advindas das taxas judiciárias e de fiscalização judiciária, administração de depósitos judiciais e remuneração de depósitos bancários, entre outros, custeou R\$47.879.919,00 em diligências judiciais em feitos amparados pela justiça gratuita e da Administração Direta do Estado e mais R\$414.621,00 com a realização de exames de DNA nas ações de investigação de paternidade, conforme mapa demonstrativo da execução orçamentária¹⁰ elaborado pelo Centro de Controle da Execução Orçamentária - Cecoex, também subordinado à Seplag.

⁹ É importante ressaltar que os resultados ora apresentados são baseados em mera estimativa, através da análise comparativa entre os dados coletados em pesquisas oficiais promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o levantamento realizado pelo Ceinfo do TJMG.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/transparencia/orcamento/orcamento/>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

Na proposta orçamentária do TJMG para o ano de 2017, aprovada pelo Órgão Especial em 17/8/2016, a previsão é de que o custeio do Banco de Peritos, Tradutores e Intérpretes¹¹ — o qual contém a lista de profissionais cadastrados no Sistema Eletrônico de Assistência Judiciária Gratuita do TJMG (AJG/TJMG), aptos a serem nomeados para prestar serviços de diversas modalidades de perícias, exames técnicos, tradução e de versão, nos processos judiciais sob o pálio da justiça gratuita em todo o Judiciário Estadual - seria majorado para 2 milhões de reais, com o objetivo de ampliar o acesso à Justiça, por meio da gratuidade integral aos hipossuficientes.¹²

9 A necessidade do advento de um critério uniforme e objetivo para a concessão do benefício da gratuidade

Segundo Bauman (2011, p. 355), citado por Isaia e Langner (2015, p.192), *“o que a maioria de nós aprendeu de nossa experiência é que, hoje, nenhuma forma no mundo à nossa volta, por mais sólida que possa parecer, é imune a mudanças”*.

Portanto, o aprimoramento do Poder Judiciário, tal como a dos demais organismos públicos e privados e, de resto, da sociedade em geral, exige diversas transformações, *v.g.*, a adoção das novas tecnologias da informação e comunicação à disposição no mundo moderno, bem como é manifesta a necessidade do advento de um critério uniforme e objetivo para a concessão da gratuidade de justiça.

Isso se justifica, a fim de que os hipossuficientes possam efetivamente receber tratamento isonômico em qualquer juízo ou tribunal pátrio e, de modo simultâneo, venha a ser fortalecida a segurança

¹¹ Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/transparencia/orcamento/exercicio-2017/>>. Acesso em: 17 set. 2016.

¹² Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/processos/assistencia-judiciaria-gratuita/>>. Acesso em: 17 set. 2016.

jurídica, através da interpretação e subsequente aplicação uniforme, estável e coerente da lei em todo o território nacional.

Nesse sentido, o art. 926, CPC/2015 (Lei n. 13.105/2015), estabeleceu que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la *estável, íntegra e coerente*. Sem dúvida, o legislador conferiu um sentido bastante técnico a esses *vetores principiológicos* a partir de uma concepção de *dignidade da pessoa humana*, considerando os princípios da *segurança jurídica*, da *proteção da confiança* e da *isonomia* (art. 927, § 4º, CPC/2015) [...] (LENZA, 2015, p. 1.065) (grifos do original).

Logicamente, o simples conceito formal de igualdade, previsto na CF, art. 5º, *caput*, não conduz, por si só, a um tratamento efetivamente justo, daí, surgiu a necessidade da adoção do conceito realista, que impõe a igualdade substancial ou material, a qual requer, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais e desigual aos desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Como bem lembra Barroso:

Vê-se, assim, que é possível discriminar em prol dos desfavorecidos economicamente, em detrimento dos mais abonados. Mas o tratamento desigual há de encontrar limites de razoabilidade para que seja legítimo. Este limite poderá vir expresso ou implícito no texto constitucional, e a conciliação que se faz necessária exige a utilização de um conceito flexível, fluido, como o de proporcionalidade (BARROSO, 1999, p. 170-171).

A toda evidência, pois, o princípio da isonomia não abre ensejo ao deferimento do benefício para quem não é pobre, na acepção legal do termo, pelo simples fato de ter declarado essa circunstância na petição inicial, reconvenção ou resposta, sobretudo quando os autos contêm indícios de que o postulante reúne condições de pagar as custas processuais, quer seja pela própria renda, que se revela suficiente,

quer seja pela profissão declarada ou pelo vasto patrimônio existente, constituído por imóveis e veículos, inclusive de luxo e importados, típico das classes média e alta, ou porque reside em área nobre do município, possui endereço empresarial em valorizado centro comercial, faz frequentes viagens de lazer, até mesmo ao exterior, ou tão somente pelo substancial valor do negócio jurídico objeto do litígio.

Não se desconhece a distinção contábil entre potencial econômico e potencial financeiro, pois, enquanto o primeiro está mais ligado ao acervo patrimonial líquido que a pessoa detém (*bens e direitos, menos as obrigações*), o segundo encontra-se diretamente relacionado ao orçamento positivo ou recursos disponíveis em caixa para saldar as obrigações pontualmente.

Ocorre, no entanto, que admitir tal tipo de diferenciação para conceder a justiça gratuita no Brasil, restringindo a análise ao campo financeiro, é tornar natimorta a regulamentação, pois, no dia a dia forense, é fato corriqueiro o postulante juntar apenas demonstrativos de dívidas e despesas diversas, alegando que não dispõe de liquidez imediata para pagar as custas, quando intimado para comprovar a alegada hipossuficiência.

Inegavelmente, toda pessoa — física ou jurídica —, antes mesmo de nascer ou ser constituída, já gera despesas. Assim, a simples existência de dívidas ou indisponibilidade de caixa não significa, necessariamente, que a parte é hipossuficiente, mas pode revelar apenas, em incontáveis casos, que se encontra em estado de inadimplência, sem justo motivo, em virtude de má gestão e excesso de gastos supérfluos por pura ostentação.

E, em nenhum lugar do planeta, a obrigação tributária pode ficar restrita exclusivamente ao poder financeiro do contribuinte, porque senão o fato é que ninguém recolheria ao Fisco os valores devidos a título de impostos, taxas ou contribuições.

A rigor, não se pode esquecer que a própria Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, sempre invocada para explicar as origens históricas do amplo acesso à Justiça no plano global, também estabelece, no Capítulo Segundo, *pari passu* com o citado direito fundamental, o dever de pagar impostos: “Artigo XXXVI. Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela Lei para a manutenção dos serviços públicos”.

Em admirável voto, o desembargador Rogério Medeiros¹³ delimita, com precisão, os deveres dos agentes públicos na gestão fiscal, por força da Lei Complementar nº 101/2001, inclusive dos magistrados, enquanto gestores da atividade arrecadadora, tornando imperioso o exame sistemático das regras sobre a justiça gratuita, com atenção à natureza tributária das custas judiciais, pois, onde há função, não há autonomia da vontade. Salienta, em contrapartida, a exigência de inteira submissão das partes litigantes ao princípio da boa-fé, bem assim que seria discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito, pois a gratuidade generalizada seria incentivo à litigância irresponsável, em detrimento desse serviço público indispensável que é a jurisdição.

A propósito, a ausência de critérios objetivos pode levar à insegurança jurídica e, não raro, ao demandismo inconsequente, através da invenção de lides artificiais, como restou constatado em um caso emblemático, no qual o juiz negou a gratuidade a um postulante perdulário, autodenominado comerciante, depois de apurar, através das faturas do cartão de crédito internacional, que ele frequentava restaurantes sofisticados de Belo Horizonte-MG, além de realizar inúmeros gastos supérfluos.¹⁴

¹³ TJMG - Agravo de Instrumento 1.0702.07415629-1/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, 14ª Câmara Cível, j. em 13/3/2008, p. em 15/4/2008. In: *Jurisprudência Mineira*, n. 184.

¹⁴ TJMG. Juiz nega gratuidade a “necessitado” que gasta muito. Belo Horizonte, Imprensa, 16/4/2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/redetjmg/mural/imprensa/noticias/juiz-nega-gratuidade-a-necessitado-que-gasta-muito.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

Na Comarca de Governador Valadares-MG, em outro caso concreto, o benefício da justiça gratuita concedido ao autor pelo TJMG, em sede de agravo, foi revogado, de ofício, na sentença, ao fundamento de que a simples declaração, elaborada com base no então vigente art. 4º da Lei 1.060/1950, possuía presunção meramente relativa de veracidade, podendo ser desconstituída, diante de elementos concretos acerca da inexistência da hipossuficiência declarada pela parte. Após a coleta de robustas provas na fase instrutória da plena capacidade econômico-financeira de o beneficiário assumir o referido ônus, observado o direito ao contraditório e à ampla defesa, ele foi condenado a pagar as custas processuais em triplo. Em grau de apelação, o eminente relator do recurso reavaliou o seu posicionamento anterior e manteve integralmente a sentença, em bem fundamentado acórdão,¹⁵ ao confirmar que o postulante era médico, fazendeiro, empresário, executivo e proprietário de diversos bens móveis e imóveis, cuja renda mensal líquida superava fácil a casa das três dezenas de milhares.

Enfim, a falta de um regramento uniforme e objetivo para disciplinar a concessão da gratuidade judiciária, de preferência com base em critérios conjugados de renda e patrimônio, pode resultar em insegurança jurídica, gerada por meras convicções pessoais do julgador, desprovidas de amparo em princípios constitucionais ou na própria lei, como registrou Costa (2006), *in verbis*:

Diante dessa ideologia pós-positivista e niilista, o problema da normatividade se dissolve num jogo de azar, como o ‘taka-rá’ do anedotário. Segundo conta o vulgo, um amigo chamou outro para jogar com aquelas cartas de naipes diferentes, cuja regra era justamente não ter regras. O primeiro amigo, diante da estupefação do outro, iniciou a partida, dividindo o baralho em dois montes, distribuindo nove cartas diferentes para cada jogador e tirando de um dos montes a sua primeira carta. Em

¹⁵ TJMG - Apelação Cível 1.0105.08.258844-0/002, Rel. Des. Pereira da Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 20/9/2011, p. em 30/9/2011.

seguida, descartou uma outra. Sem conhecer os naipes e as regras, o outro amigo procedeu da mesma forma. Após três ou quatro descartes, o primeiro amigo baixou todas as cartas em suas mãos e gritou: 'Bati. Takará!'. Surpreso e sem entender o porquê do resultado, o outro amigo continuou jogando e vendendo as sucessivas vitórias daquele que o havia convidado para o jogo. Cansado de perder, imaginou que a única regra válida para a aquele jogo seria a vitória de quem primeiro gritasse que havia vencido. E assim procedeu. Antes que o primeiro amigo batesse, ele se antecipou e gritou: 'Bati. Takará!'. O seu amigo, porém, não se comoveu. Imediatamente deu a resposta: 'Não, senhor. Eu bati. Olhe aqui: takará duplo!'. E jogou suas estranhas cartas sobre a mesa.

Quando as regras são criadas pelas razões superiores do aplicador, fundadas em suas conexões axiológicas e em seu ponto de vista, não há como se construir um sistema jurídico com um mínimo de segurança para os seus destinatários. O direito passa a ser área afeta aos adivinhos ou profetas, ou então um assustador jogo de Takará. Sem um mínimo de sentido comum à comunidade do discurso, vivido atematicamente no plano da ação comunicativa, não há como se construir um discurso prescritivo vivenciado simbolicamente como objetivação social que qualifica juridicamente o fático.

10 Considerações finais

O uso regular da justiça gratuita merece todo o respaldo do Poder Judiciário, mediante a adoção de uma política pública institucional de caráter nacional, *inclusive em nível orçamentário*, para atender, quantitativa e qualitativamente, às variadas necessidades do expressivo número de jurisdicionados hipossuficientes, em razão das profundas desigualdades sociais existentes no Brasil.

Certamente, em médio prazo, a tendência será de aperfeiçoamento do sistema, de forma a dar maior amplitude ao *direito fundamental do acesso à Justiça*, aperfeiçoar a segurança jurídica e conferir maior efetividade às decisões judiciais.

De modo diverso, o *uso abusivo da justiça gratuita* merece ser veementemente reprimido, com todo o rigor da lei, porquanto a cada porta que é aberta indevidamente para quem não faz jus ao benefício, outra se fecha para o verdadeiramente necessitado, porque os *recursos orçamentários*, humanos e estruturais, para absorver a cultura do demandismo judicial desenfreado em tempos de crise econômica, são limitados e esgotáveis.

Sabe-se que, a par disso, o porvir reclama outras estratégias inovadoras, como a abolição dos recursos meramente protelatórios, especialmente de figuras inexplicáveis como os “*embargos infringentes*”, que, ao invés de terem sido levados à extinção pura e simples, foram alçados pelo NCPD à categoria de recurso automático, rebatizado por processualistas com o pomposo nome de “*incidente de ampliação da colegialidade*” ou “*incidente da colegialidade qualificada*” e jocosamente apelidado de “*incidente de embarguinhos*”, além da redução da injustificável inflação normativa brasileira e do atraso gerencial em todos os Poderes, bem como um maior rigor no exame dos elementos informativos do interesse processual para ingressar na via judicial, e, sobretudo, de criar a cultura da conciliação na sociedade brasileira, em âmbito nacional, com a finalidade de aperfeiçoar o planejamento estratégico e garantir o cumprimento da execução orçamentária anual dos tribunais.

Definitivamente, pois, resta manifesto que a postulação e o deferimento indiscriminado da justiça gratuita, em vez de ampliar, causa sérios embaraços ao direito de ação dos hipossuficientes, porquanto o amplo acesso à Justiça não impõe como pré-requisito a gratuidade universal do processo judicial, mas o acesso à ordem jurídica justa, mediante regras pré-definidas para disciplinar a concessão do benefício, de preferência com base em critérios conjugados de renda e patrimônio.

É bom deixar claro que a indispensável adoção de critérios objetivos e mais rígidos jamais pode perder de vista a perspectiva citada por Pedroso de que:

Em termos amplos, [...] como defende Jacques Faget (1995), [...] o direito de acesso ao direito significa, num plano simbólico, a conquista da cidadania, o acesso ao estatuto de sujeito de direito e de direitos e, num plano instrumental, o acesso à informação sobre o direito e a capacidade de efetivação dos direitos, seja ofensivamente (*mettre en oeuvre un droit*), seja defensivamente (*faire respecter son droit*). Considerado em termos mais restritos, o acesso ao direito e à Justiça representa os meios pelos quais os indivíduos conseguem aceder à informação jurídica e aos serviços jurídicos e resolver os conflitos em que são interessados, incluindo, assim, o acesso aos tribunais, à informação e consulta jurídica e aos mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios (Barendrecht e Maurits, 2006). O acesso à Justiça e ao sistema de justiça como um todo são, pois, matérias fundamentais para a vida em sociedade, daí que vários autores considerem que o objetivo principal de um regime de acesso à Justiça deva ser o de assegurar que todos os cidadãos conseguem efetivar os seus direitos ao mais baixo custo, não só em termos de custos de litigação, mas também em termos de custos sociais (EVANS, 1997) (PEDROSO, 2011, p. 1-2).

Isso significa dizer que a gratuidade da justiça deve ser concedida para quem, de fato, precisa do benefício, sob pena de se abrir exageradamente a porta de entrada do Poder Judiciário e, no fim, se tornar extremamente complicado de encontrar a saída, a tempo e modo devidos, por causa da sobrecarga de processos e escassez de recursos humanos, estruturais e orçamentários.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Painel “O Direito e a transformação social”. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE MAGISTRADOS, 22., Rio Quente-GO, 30 out. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/10/30/mensalao-e-petrolao-tornam-herois-juizes-que-sairam-do-padrao-diz-barroso.htm>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

BRASIL. CNJ. *Justiça em números*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 13 fev. 1950.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil (NCPC). *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 17 mar. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COSTA, Adriano Soares da. Breves notas sobre o quinquídio decadencial das representações do art. 96 da Lei Eleitoral. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1021, 18 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8259/breves-notas-sobre-o-quinquidio-decadencial-das-representacoes-do-art-96-da-lei-eleitoral>>. Acesso em: 6 abr. 2009.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Acesso à Justiça e carência econômica. Dissertação de Mestrado em Direito Processual Civil. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22042013-141734/pt-br.php>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

ECONOMIST. “The End of the Feast”, July, 27, 1996. *The Economist online*, Londres, 27 jul. 1996. Disponível em: <<http://www.economist.com/>>. Acesso em: 29 dez. 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin: 1821. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ISAIA, C.; LANGNER, A. Desafios do direito processual civil na era do processo judicial eletrônico e no contexto dos novos direitos. In: SILVA, R. (Org.). *O Poder Judiciário na sociedade em rede: jurisdição, informação e transparência*. Curitiba: Multimídia Editora, 2015. p. 177-198.

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA. Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ano 59, n. 184, jan./mar. 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo V.

MORAES, Guilherme Peña de. *Instituições da Defensoria Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEDROSO, João António Fernandes. *Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção. O caso do acesso ao Direito e à Justiça da família e das crianças*. Dissertação de Doutorado em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2011. Disponível

em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/22583/1/Tese_Joao%20Pedroso.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

RUSCHEL, A.; LAZZARI, J.; ROVER, A. O Processo judicial eletrônico no Brasil: Uma visão geral. In: COÊLHO, M.; ALLEMAND, L. (Org.). *Processo judicial eletrônico*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2014. p.13-28.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

“ Ulysses, ao saudar o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Rafael Mayer, explicou: ‘o imperativo ‘Muda, Brasil!’, desafio de nossa geração, não se processará sem o consequente ‘Muda, Justiça!’”. ”

Estado de Minas

Belo Horizonte, 6 de outubro de 1988.



Os símbolos nacionais na Constituição

Marcos Henrique Caldeira Brant

Desembargador do TJMG

1 Símbolos

Símbolo é um objeto ou ideia que indica ou representa de forma direta alguma coisa. A função do símbolo tem certa analogia com a do sinal, e os dois termos costumam ser usados da mesma forma. O símbolo, porém, tem um significado mais profundo, revelando algo abrangente. Tem o grande poder de despertar imagens, ideias, lembranças, emoções, e a vantagem de unir, agrupar pessoas em torno de um objetivo comum. O símbolo, em regra, é constituído por uma figura hieroglífica a que se atribuem valores de significação moral. Exemplo: A fé é representada pela cruz. O amor pelo coração. O direito pela balança. Os símbolos são largamente usados na comunicação no mundo da linguagem sintética.

2 Símbolos nacionais

Símbolos nacionais são objetos físicos de grande valor cognitivo que representam e distinguem um Estado nacional, de modo a despertar em seu povo forte sentimento de nacionalidade, unidade e soberania. Na ordem jurídica internacional, cada país independente

adota e é identificado por símbolos próprios representados por objetos materiais, que evocam unidade e valores morais inestimáveis, quase sempre expressos por três elementos: bandeira, brasão de armas e hino, cujas definições, formas e usos são tratados no sistema jurídico-político interno a nível constitucional e/ou infraconstitucional. Os símbolos nacionais têm função histórica, sociológica e política, e, por tudo isso, constituem verdadeira imagem de um país, devendo ser preservados, cultuados e respeitados, como forma de interação social e permanência do Estado. Exemplificando, temos que a bandeira sempre figurou em primeiro lugar como símbolo nacional, visto que tem grande significação jurídica.

No campo do direito internacional público, identifica e representa um Estado soberano. Bandeiras expostas nas portas das embaixadas, popas dos navios e na fuselagem das aeronaves indicam o prolongamento do território nacional. Como bem observado pelo constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os símbolos nacionais “cumpram importante função psicossocial em prol da permanência do Estado. Servem de sinal sensível a solenizar a presença e a dignidade da Pátria. Por isso, estimulam os nacionais à dedicação, ao esforço e ao sacrifício. Sua força deriva das tradições a ela associadas”.

3 Símbolos nacionais brasileiros

No Brasil, tradicionalmente, os símbolos nacionais sempre receberam trato constitucional. Na Constituição promulgada em 2 de outubro de 1988 (Constituição cidadã), a matéria vem tratada no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo III, Da Nacionalidade, art. 13, § 1º: “São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais”. E no § 2º: “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios”. A norma constitucional, taxativamente, declara em or-

dem não histórica e sem precedência, quantos e quais são os símbolos oficiais do Estado brasileiro.

Observável que a norma constitucional acaba por admitir implicitamente a mudança de tais símbolos, aumentando ou diminuindo o elenco, ao omitir a recomendação de que sejam mantidos os vigerantes na data da promulgação da Constituição, conforme era enunciado pela Constituição anterior de 1967 e mantida pela Emenda de 1969. Entretanto a modificação, ampliando ou diminuindo o número de símbolos, só pode ocorrer por emenda à Constituição.

Os quatro símbolos nacionais são independentes e harmônicos entre si, não estando um, necessariamente, atrelado a outro. Cada um deles é, ao seu modo e tempo, representante e evoca a pátria brasileira. A norma constitucional, contudo, não caracteriza a bandeira, hino, o escudo e o selo, deixando para a norma infraconstitucional as pormenorizações, que são disciplinadas pela Lei ordinária nº 5.700, de 1º de setembro de 1971, que “Dispõe sobre a forma de apresentação dos Símbolos Nacionais, e dá outras providências”, recepcionada pela Constituição. No calendário de datas comemorativas, o dia 18 de setembro tradicionalmente é consagrado o dia dos Símbolos Nacionais.

4 Símbolos nacionais nas Constituições anteriores

Em um estudo retrospecto histórico das Legislações e Constituições brasileiras, observa-se, em todas as épocas, a eleição de símbolos nacionais, expressando a unidade e os valores morais inestimáveis.

A Constituição do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824 (Carta do Império), nada disciplinou quanto à matéria dos símbolos nacionais, que já era tratada por legislação infraconstitucional, através do Decreto Imperial de 18 de setembro de 1822, que instituiu o escudo de armas do Reino do Brasil e a bandeira nacional, indispensáveis como característicos exclusivos de uma “nação grande,

livre e independente.” Não demoraram três meses para advir o Decreto Imperial, de 1º de dezembro de 1822, que substituiu a coroa real pela coroa imperial. Tal alteração ocorreu em face dos acontecimentos políticos da aclamação de Dom Pedro I como Imperador Constitucional e defensor perpétuo do Brasil.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891 (Carta Republicana), também nada disciplinou quanto aos símbolos nacionais, que já eram tratados em legislações infraconstitucionais, através do Decreto nº 4, de 19 de novembro de 1889, que estabeleceu os distintivos da bandeira, armas, selos e sinetes da República. E do Decreto nº 171, de 20 de janeiro de 1890, que oficializou como hino nacional brasileiro a melodia de Francisco Manuel da Silva. Posteriormente, 31 anos depois, foi editado o Decreto nº 4.559, de 21 de agosto de 1922, que autorizou a aquisição, por cinco mil reis, da propriedade da letra do Hino Nacional, de autoria de Joaquim Osório Duque Estrada, e o Decreto nº 15.671, de 06 de setembro de 1922, que declarou oficial esta letra do Hino Nacional.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934 (Carta de Weimar), foi a primeira a incluir em seu texto disposições sobre os Símbolos Nacionais. A matéria foi tratada no Título VIII, Disposições Gerais, art. 174, que diz que “a bandeira, o hino, o escudo e as armas nacionais devem ser usados em todo território do país nos termos que a lei determinar”. Assim adotou, implicitamente, os símbolos criados pelo Decreto nº 4, de 19 de novembro de 1889, e demonstrou a preocupação do legislador constituinte em deixar à legislação infraconstitucional a regulamentação da matéria, que até então havia sido realizado, tirante para fins militares. Dispôs, também, no art. 163, § 1º, que “todo brasileiro é obrigado ao juramento à bandeira, na forma e sob penas da lei”. Nesta ordem jurídica constitucional, adveio a Lei nº 259, de 1º de outubro de 1936, que tornou obrigatório, nos estabelecimentos de ensino, o canto do Hino Nacional.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, outorgada de 10 de novembro de 1937 (Carta Polaca), tratou da matéria no Título Da Organização Nacional, no art. 2º: “A bandeira, o hino, o escudo e as armas nacionais são de uso obrigatório em todo o país. Não haverá outras bandeiras, hinos, escudos e armas. A lei regulará o uso dos símbolos nacionais”. Verifica-se que a norma constitucional foi taxativa ao vetar outros símbolos que não sejam os quatro especificados, abolindo assim com os símbolos dos Estados membros e municípios, a pretexto da centralização do poder e do fortalecimento da unidade nacional. Assim, o culto do poder central alcança os símbolos nacionais. Nove dias após a implantação do Estado Novo, no dia 19 de novembro de 1937, consagrada a bandeira nacional, foi organizada uma cerimônia cívica simbólica da queima das bandeiras estaduais, para valorizar a bandeira Nacional como símbolo egrégio. Por oito anos, os símbolos dos Estados Membros e municípios foram abolidos.

Salienta-se que a Constituição de 1937, da mesma linha da Constituição anterior, de 1934, deixou a cargo da legislação infraconstitucional a regulamentação dos símbolos nacionais. Assim, nessa nova ordem constitucional, foi editado o Decreto-Lei nº 4.545, de 31 de julho de 1942, que dispunha sobre a forma e apresentação dos símbolos nacionais, dando outras providências, sendo esta considerada a primeira legislação ordinária a consolidar e detalhar toda a matéria.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946 (Carta da Redemocratização), tratou da matéria no Título IX, Disposições Gerais, no art. 195, *caput*, que estatuiu: “são símbolos nacionais a bandeira, o hino, o selo e as armas vigorantes na data da promulgação desta Constituição”. Adotou como pavilhão nacional o descrito pelo Decreto-Lei nº 4.545, de 31 de julho de 1942, por conseguinte, limitou a competência da lei ordinária para regular a matéria, quanto a possível alteração da arte da bandeira, o que só poderia ocorrer via emenda à Constituição. Já o parágrafo

foi único estatuída: “Os Estados e os Municípios podem ter símbolos próprios”. Era o federalismo reforçado, incluindo medidas peculiares como o direito de cada Estado-Membro e Município ter a faculdade de escolher seus símbolos, restaurado o direito abolido pela Constituição outorgada de 1937. Também o art. 5º, XV, *q*, estatuída que: “Compete à União legislar sobre símbolos nacionais”.

Nesta nova ordem constitucional, foi editado o Decreto nº 48.124, de 16 de abril de 1960, que incorporou à Bandeira nacional uma nova estrela de primeira grandeza, representando o recém-criado Estado da Guanabara, devido à transferência da capital federal para Brasília. Contudo, tal processo legislativo foi gritantemente irregular, pois mudou, por simples decreto, o que só poderia ocorrer por emenda à Constituição. Diante disso, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 3, de 08 de junho de 1961, que dispôs sobre a modificação da bandeira nacional, estabelecendo no art. 7º, VII, que “a Bandeira Nacional poderá ser modificada sempre que se alterar o número de Estados que compõem a Federação”. Manobra necessária para validação do Decreto nº 48.124, de 16 de abril de 1960. Também foi promulgada a Lei nº 4.075, de 23 de junho de 1962, que incluiu, entre bens impenhoráveis, os exemplares da Bandeira Nacional não destinados ao comércio.

A Constituição da República Federativa do Brasil (Carta Revolucionária), outorgada em 24 de janeiro de 1967, tratou da matéria no Título I, Da Organização Nacional, Capítulo I Disposições Preliminares: art. 1º, § 2º: “são símbolos nacionais a bandeira e o hino vigorantes na data da promulgação desta Constituição e outros estabelecidos em lei”. E no § 3º: “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios”. Também, no Capítulo II, Da competência da União, art. 8º: “Compete à União: XVII legislar sobre: s) Uso dos símbolos nacionais”.

Nessa nova ordem constitucional, foi editado o Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967, que definia os crimes contra a Segurança

Nacional, a ordem política e social e dava outras providências, e que no seu art. 37 tipificava o crime de destruição ou ultraje dos símbolos nacionais, mormente a bandeira. Também foi promulgada a Lei nº 5.389, de 22 de fevereiro de 1968, que dispunha sobre a Bandeira, as Armas e o Selo Nacional, mas teve duração efêmera, logo substituída pela Lei nº 5.443, de 28 de maio de 1968, que dispunha sobre a forma e a apresentação dos Símbolos Nacionais, dando outras providências. Posteriormente, foi editado o Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, que definia crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelecendo seu processo e julgamento, e dando outras providências, que, no seu art. 44, tipificava o crime de destruição ou ultraje dos símbolos nacionais, mormente a bandeira, aumentando a pena privativa de liberdade.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que modificou cerca de 60% (sessenta por cento) da Constituição de 1967, não alterou o texto referente aos símbolos nacionais (art. 1º e seus §§ 2º e 3º e art. 8º, XVII, s, modificando apenas a redação anterior, suprimindo a palavra “uso”, ficando apenas “símbolos nacionais”). Nesta nova ordem jurídica, foi promulgada a Lei nº 5.700, de 1º de setembro de 1971, que dispõe sobre a forma e a apresentação dos Símbolos Nacionais, e dá outras providências, revogando expressamente a Lei nº 5.443, de 28 de maio de 1968, que não poderia subsistir por inconstitucional no tocante à alteração da Bandeira Nacional.

Nessa ordem constitucional, foi editado o Decreto Federal nº 70.274, de 9 de Março de 1972, que aprova as normas do cerimonial público e a ordem de precedência, que foca nos arts. 20 a 35, procedimentos de uso da Bandeira e Hino Nacionais nos eventos públicos. Também o Decreto nº 71.528, de 1º de dezembro de 1972, que dispõe sobre as solenidades de substituição da Bandeira Nacional hasteada no mastro implantado na Praça dos Três Poderes, em Brasília, e dá outras providências. Posteriormente, a Lei nº 6.620, de 17 de dezembro

de 1978, que definia os crimes contra a segurança nacional, estabelece a sistemática para o seu processo e julgamento, e dá outras providências e revogou o Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967, e no art. 41 tipificou crime de destruição ou ultraje aos símbolos nacionais, mormente a bandeira e emblemas, mais tarde revogada pela atual Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que define os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, estabelecendo seu processo e julgamento e dá outras providências, omissa, entretanto, quanto aos crimes contra os símbolos nacionais. Já o Decreto nº 2.243, de 3 de Junho de 1997, que: “dispõe sobre o Regulamento de Continências, Honras, Sinais de Respeito e Cerimonial Militar das Forças Armadas”, tratou dos usos do Hino Nacional nos arts. 87 a 91 e da Bandeira Nacional nos arts. 150 a 169.

Observável nas suas estruturas normativas das Constituições Brasileiras de 1934, 1937, 1946, 1967 e Emenda Constitucional de 1969, as diferentes localizações em que foi posta a matéria sobre Símbolos Nacionais. Na melhor técnica legislativa, essa matéria, por tratar de princípios fundamentais do Estado, deve iniciar após o preâmbulo, pois geralmente é identificadora da forma como o Estado é revelado pelas bandeiras e brasões de armas em suas artes. Como bem adverte José Cretella Júnior: “O símbolo deve constar das regras jurídicas constitucionais, desde o início, logo após o Preâmbulo, como, acertadamente, se fez em 1937, em 1967 e em 1969”.

5 Símbolos nacionais e direito constitucional comparado

Existem atualmente 193 países, segundo dados da Organização das Nações Unidas. A matéria sobre símbolos nacionais varia segundo o ordenamento jurídico de cada país, recebendo tratamento constitucional e/ou infraconstitucional segundo a importância do valor histórico, identificando a pátria, o sentimento de união nacional e realçando a soberania.

Vejamos exemplificativamente as constituições de alguns países por amostragem.

São omissas a respeito da matéria de símbolos nacionais as constituições da: Argentina, Austrália, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Japão, Suíça, sendo disciplinado somente por legislação infra-constitucional. Trazem referências sobre a matéria as constituições: da Alemanha, ano de 1949 - Capítulo II - A federação e os Estados - “Art. 22 - [Capital federal - Bandeira nacional] (1) A capital da República Federal da Alemanha é Berlim. A representação da totalidade do Estado na capital federal está a cargo da Federação. A matéria será regulamentada por lei federal. (2) A bandeira nacional é preta-vermelha-dourada.” África do Sul, ano de 1996 - Capítulo I - Disposições Fundamentais - “Art. 4º Hino Nacional - O hino nacional da República é determinado pelo Presidente por proclamação; “Art. 5º Bandeira Nacional - A bandeira nacional da República é preta, dourada, verde, branca, vermelha e azul, conforme descrito e esboçado no Anexo. Chile, ano de 1980 - Capítulo I - Bases da Institucionalidade - “Art. 2º Os emblemas nacionais são a bandeira nacional, o brasão da República e o hino nacional.” China, ano de 1982 - Capítulo IV - Bandeira Nacional, armas e capital - “Artigo 136º A Bandeira Nacional da República Popular da China é uma bandeira vermelha com cinco estrelas. Artigo 137º As armas da República Popular da China consistem em Tian’Anmen no centro iluminado por cinco estrelas e rodeado por espigas de trigo e por uma roda dentada.” Espanha - ano de 1978 - Título Preliminar. “Art. 4º (1) A bandeira da Espanha é formada por três faixas horizontais, vermelho, amarelo e vermelho, sendo o amarelo de dupla largura que cada um dos vermelhos. (2) Os estatutos podem reconhecer bandeiras e estandartes das Comunidades Autônomas. Estes serão usados em conjunto com a bandeira espanhola em seus edifícios públicos e em seus atos oficiais.” França, ano de 1958 - Título I - Soberania - Art. 2º A língua da república é o francês. O emblema nacional é a bandeira

tricolor, azul, branca e vermelha. O hino nacional é a “Marselhesa”. O lema da República é “Liberdade, Igualdade, Fraternidade”. Itália, ano de 1947, “Princípios fundamentais - Art. 12 A bandeira da República é o tricolor italiano: verde, branco e vermelho, em três faixas verticais de iguais dimensões.” Moçambique, ano de 2004 - “Título I - Princípios Fundamentais - Capítulo I - República - “Artigo 13 (Símbolos nacionais) Os símbolos da República de Moçambique são a bandeira, o emblema e o hino nacionais.” Portugal, ano de 1974 - “Art. 11. Símbolos nacionais e língua oficial 1. A Bandeira Nacional, símbolo da soberania da República, da independência, unidade e integridade de Portugal, é a adoptada pela República instaurada pela Revolução de 5 de Outubro de 1910. 2. O Hino Nacional é A Portuguesa”. Rússia - ano de 1993 “Capítulo 3. A estrutura federal art. 70 1. A bandeira nacional, o emblema e o hino da Federação da Rússia, sua descrição e ordem de uso oficial são estabelecidos por lei constitucional federal.”

6 Símbolos dos entes estatais

O Brasil é uma República Federativa formada pela união de 26 estados federados e 5.570 municípios e do Distrito Federal. Os Estados Membros são unidades autônomas com poderes próprios para se organizarem e regerem-se pelas suas constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição da República. Os municípios são as células da organização político-administrativa. Trata-se das menores unidades autônomas administrativas da Federação, com uma circunscrição territorial dotada de personalidade jurídica.

A Constituição da República estabelece no art. 13, § 2º, que: “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios”.

Trata-se de uma faculdade concedida aos entes estatais de instituírem e regularem, por suas próprias leis, os símbolos que os distin-

guem. No que diz respeito aos Estados-membros, sem exceção, todos adotam símbolos como forma de identidade visual e acústica. A matéria é tratada no nível das constituições estaduais. Quanto aos Municípios, a matéria é tratada nas Leis Orgânicas, na qualidade de lei fundamental do território, sendo que, por tradição secular, adotam brasões que quase sempre correspondem às bandeiras.

Vejamos o que estabelecem as Constituições dos Estados, baseadas na Constituição da República, aqui postos em ordem alfabética.

Acre (AC), ano de 1989. Título II - Capítulo I - Da Organização do Estado. “Art. 8º São símbolos do Estado a bandeira, o hino e as armas que foram adotados pelo Estado Independente do Acre, com as modificações contidas no parágrafo único deste artigo, além de outros que a lei estabelecer”. Alagoas (AL), ano de 1989. Título I - Dos Princípios Fundamentais. “Art. 3º, parágrafo Único. São símbolos do Estado de Alagoas a Bandeira, o Hino e o Brasão adotados à data da promulgação desta Constituição, além de outros que a lei estabelecer”. Amapá (AP), ano de 1991. Título III - Da Organização do Estado e Municípios Capítulo I - Do Estado - Seção I - Das Disposições Preliminares. “Art. 8º São símbolos do Estado, a bandeira, o hino e o brasão, adotados à data da promulgação desta constituição”. Amazonas (AM), ano de 1989. Título III - Da Organização Político-Administrativa e Territorial - Capítulo I - Das Disposições Preliminares. “Art. 11. São símbolos do Estado a bandeira, o hino e o brasão existentes à data da promulgação desta Constituição”. Bahia (BA), ano de 1989. Título III - Da Organização do Estado e dos Municípios - Capítulo I - Do Estado - Seção I - Das Disposições Gerais. “Art. 6º, § 2º - São símbolos do Estado a bandeira, o hino e as armas”. Ceará (CE), ano de 1989. Título III - Da Organização Estadual - Capítulo I - Disposições Gerais. “Art. 18 São símbolos estaduais a bandeira, o hino e as armas do Ceará”. Lei Orgânica do Distrito Federal (DF), ano de 1993. Título II - Da Organização do Distrito Federal Capí-

tulo I - Das Disposições Gerais. “Art. 7º São símbolos do Distrito Federal a bandeira, o hino e o brasão. Parágrafo único. A lei poderá estabelecer outros símbolos e dispor sobre seu uso no território do Distrito Federal”. Espírito Santo (ES), ano de 1989. Título III - Da Organização do Estado - Capítulo I - Da Organização Político-administrativa. “Art. 16. São símbolos do Estado a bandeira, as armas e o hino já adotados na data da promulgação desta Constituição, além de outros que a lei estabelecer”. Goiás (GO), ano de 1989. Título I - Da Organização do Estado - Capítulo I - Da Organização Político-Administrativa - Seção I - Dos Princípios Fundamentais. “Art. 1º, § 2º- Constituem símbolos do Estado de Goiás sua bandeira, seu hino e suas armas”. Maranhão (MA), ano de 1989. Título III - Do Estado - Capítulo I - Da Organização do Estado - Seção I - Disposições Gerais. “Art. 7º São símbolos estaduais a bandeira, o brasão e o hino instituídos em lei”. Mato Grosso (MT), ano de 1989. Título III - Do Estado - Capítulo I - Das Disposições Gerais. “Art. 19 São símbolos estaduais a bandeira, o selo e o brasão de armas em uso na data da promulgação desta Constituição, bem como o hino estabelecido em lei”. Mato Grosso do Sul (MS), ano de 1989. Título II - Do Estado - Capítulo I - Da Organização do Estado. “Art. 6º São símbolos estaduais a bandeira, o hino e o brasão em uso na data da promulgação desta Constituição e outros que forem estabelecidos por lei. Parágrafo único. Os símbolos estaduais devem ser usados em todo o território do Estado, na forma que a lei determinar”. Minas Gerais (MG), ano de 1989. Título III - Do Estado - Capítulo I - Da Organização do Estado - Seção I - Disposições Gerais. “Art. 7º São símbolos do Estado a bandeira, o hino e o brasão, definidos em lei”. Pará (PA,) ano de 1989. Título III - Da Organização do Estado - Capítulo I - Disposições Preliminares. “Art. 12 São símbolos do Estado a Bandeira, o Hino e o Brasão d’Armas, adotados à data da promulgação desta Constituição, e outros estabelecidos em lei. Parágrafo Único - Os Municípios poderão

ter símbolos próprios”. Paraíba (PB), ano de 1989. Título III - Da Organização do Estado e dos Municípios - Capítulo I - Das Disposições Gerais. “Art. 5º, § 3º São símbolos do Estado a bandeira, o hino e o brasão, definidos em lei complementar”. Título I - Da Organização do Estado e dos Municípios - Capítulo I - Da Organização do Estado - Seção I - Disposições Preliminares. “Art. 6º O Estado adota como símbolos, além dos nacionais, a Bandeira, o Hino, o Brasão de Armas e o Sinete”. Paraná (PR), ano de 1989. Título I - Da Organização do Estado e dos Municípios - Capítulo I - Da Organização do Estado - Seção I - Disposições Preliminares. “Art. 6º O Estado adota como símbolos, além dos nacionais, a Bandeira, o Hino, o Brasão de Armas e o Sinete”. Pernambuco (PE), ano de 1989. Título I - Dos Princípios Fundamentais. “Art. 3º São símbolos estaduais a bandeira, o escudo e o hino em uso no Estado. § 1º A bandeira do Estado é a idealizada pelos mártires da Revolução Republicana de 1817, hasteada pela primeira vez em 02 de abril de 1817. § 2º O escudo é o instituído pela Lei nº 75, de 21 de maio de 1895. § 3º O hino é o guardado pela tradição”. Piauí (PI), ano de 1989. Título III - Da Organização do Estado e dos Municípios - Capítulo I - Da Organização do Estado - Seção I Disposições Gerais. “Art. 11. São símbolos do Estado a bandeira, o hino e o brasão”. Rio de Janeiro (RJ), ano de 1989. Título III - Da Organização Estadual - Capítulo I - Disposições Preliminares. “Art. 66 São símbolos estaduais a bandeira, o hino e o brasão”. Rio Grande do Norte (RN), ano de 1989. Título III Da Organização do Estado - Capítulo I Da Organização Político-Administrativa. “Art. 12. São símbolos do Estado a bandeira, o brasão de armas e o hino, existentes na data da promulgação desta Constituição. Parágrafo único. Os Municípios podem ter símbolos próprios”. Rio Grande do Sul (RS), ano de 1989. Título II - Da Organização do Estado - Capítulo I - Disposições Preliminares. “Art. 6º São símbolos do Estado a Bandeira Rio-Grandense, o Hino Farroupilha e as Armas, tradicionais”. Rondônia (RO), ano de 1989. Título I - Da Organização do Estado - Capítulo

I - Disposições Preliminares. “Art. 2º São símbolos do Estado a bandeira, o hino e o brasão, em uso na data da promulgação desta Constituição e outros que a lei venha a estabelecer”. Roraima (RR), ano de 1991. Título III - Da Organização do Estado - Capítulo I - Da Organização Político-Administrativa. “Art. 10 O Estado adotará como símbolos o hino, a bandeira, o brasão de armas e outros estabelecidos em Lei. Parágrafo único. Os Municípios poderão ter símbolos próprios”. Santa Catarina (SC), ano de 1989 - Título I - Dos Princípios Fundamentais. “Art. 3º São símbolos do Estado a bandeira, o hino, as armas e o selo em vigor na data da promulgação desta Constituição e outros estabelecidos em lei. Parágrafo único. Fica adotada a configuração da Bandeira do Estado como forma de representação permanente da logomarca do Governo do Estado de Santa Catarina, obedecidos os seguintes critérios: I - a representação emblemática de que trata o parágrafo anterior será adotada por todas as gestões de governo, de forma continuada e permanente; II - fica proibida a utilização de qualquer tipo de frase, desenho, logomarca ou *slogan* para representar ou distinguir gestões de governo que não a representação oficial definida neste parágrafo único”. São Paulo (SP), ano de 1989. Título II - Da Organização dos Poderes - Capítulo I Disposições Preliminares. “Artigo 7º - São símbolos do Estado a bandeira, o brasão de armas e o hino”. Sergipe (SE), ano de 1989 - Título I - Do Estado, dos Direitos e Garantias - Capítulo I - Do Estado de Sergipe e seu Território. “Art. 1º, § 2º. São símbolos do Estado a bandeira, o hino e as armas adotadas à data da promulgação desta Constituição, além de outros que a lei estabelecer”. Tocantins (TO), ano de 1989 - Título I - Da Organização do Estado - Seção I - Dos Princípios Fundamentais. “Art. 3º, § 1º. São símbolos do Estado: a bandeira, o hino, as armas e o selo estadual. § 2º. Os Municípios podem ter símbolos próprios”.

7 Proteção jurídica dos símbolos nacionais

A *lex maior* declara quais são os símbolos nacionais brasileiros, deixando para a *lex minor* a regulamentação geral nos seus diversos aspectos.

Como já referido, a matéria sobre os Símbolos Nacionais resta disciplinada ordinariamente, pela Lei nº 5.700, de 1º de setembro de 1971, que dispõe sobre a forma de apresentação dos Símbolos Nacionais e dá outras providências, com alterações introduzidas pela Lei nº 5.812, de 13 de outubro de 1972, que modificou os incisos IV do art. 13 e III do art. 18, e pela Lei nº 6.913, de 27 de maio de 1981, que deu nova redação aos arts. 35 e 36; tudo recepcionado pela Constituição de 1988. Posteriormente, advieram mais quatro alterações. A Lei nº 8.421, de 11 de maio de 1992, que alterou os arts. 1º, 3º e 8º, I, e o art. 26, VIII, e substituiu os anexos 1, 2, 8 e 9. A Lei nº 12.031, de 21 de setembro de 2009, que acresceu o art. 39, parágrafo único. A Lei nº 12.157, de 23 de dezembro de 2009, que alterou o art. 13, *caput*. A Lei nº 13.413, de 29 de Dezembro de 2016, que alterou o art. 24, IV, e acresceu o § 5º e III no art. 25.

Trata-se a Lei nº 5.700, de 1º de setembro de 1971, de uma norma de caráter múltiplo, que contém dispositivos administrativos, penais e processuais, sistematizados em seus 45 (quarenta e cinco) artigos divididos em 7 (sete) capítulos: I (Disposições Preliminares); II (Da Forma dos Símbolos Nacionais); III (Da Apresentação dos Símbolos Nacionais); IV (Das Cores Nacionais); V (Do Respeito Devido à Bandeira Nacional e ao Hino Nacional); VI (Das Penalidades); VII (Disposições Gerais).

Essa lei dispõe sobre o detalhamento técnico (formas; sinais gráficos, plásticos, cores; dimensões, características); produção (manufatura) distribuição e venda; procedimentos de uso e apresentação (pública e particular); cerimonial e respeito devido; educação obriga-

tória; bem como sanção penal no caso de violação das normas protetivas e procedimento processual adequado.

A objetividade da lei é a proteção jurídica visando salvaguardar a integridade e o respeito devido aos símbolos representativos do Estado Nacional Brasileiro, que, como valores de expressão cognitiva da pátria, não pode sofrer descaracterizações e banalizações e desrespeito no seu trato, através da confecção, reprodução, apresentação ou uso.

A lei dos Símbolos Nacionais foi editada durante o regime militar, governo do Presidente Médici, revogando as Leis nº 5.389, de 22 de fevereiro de 1968, e nº 5.443, de 28 de maio de 1968 (que por sua vez revogou o Decreto-Lei nº 4.545/42 editado durante o governo do Presidente Getúlio Vargas), ambas editadas pelo governo do Presidente Costa e Silva.

Críticas cerradas se fazem a esta lei, que contém vedações consideradas exacerbadas e anacrônicas, criminalizando condutas as quais são incompatíveis com a realidade brasileira. Há uma corrente jurídica que sustenta que a lei é repressiva e, portanto, inconstitucional ao buscar a superproteção dos símbolos nacionais, cultuando-os seletivamente, especificadamente em relação ao uso da bandeira e hino nacionais, em face de colidir com o direito de liberdade de expressão do pensamento e também com relação aos direitos da personalidade tais como direitos fundamentais, conforme art. 5º, IV, V, IX e XIV; e art. 220, *caput*, e 2º da Constituição da República.

Ações legislativas vêm sendo demandadas, buscando aperfeiçoar e modernizar o tratamento jurídico aos Símbolos Nacionais, procurando ajustar a realidade como expressão mais viva do sentimento de brasilidade. Outrossim, vez ou outra, ações judiciais são propostas buscando flexibilizar a apresentação e uso dos símbolos, principalmente da bandeira e hino.

Necessário ressaltar que os Símbolos Nacionais constituem bens de domínio público. São de uso comum e irrestrito (art. 99, I, Código Civil): a bandeira e o hino, por representarem particularmente a Pátria Brasileira na exaltação de valores morais, espirituais e históricos. São de uso restrito, especial (art. 99, II, Código Civil): as Armas e o Selo, por representarem propriamente o Estado Brasileiro na concepção política, administrativa e jurídica.

8 Bandeira

É o primeiro e mais significativo dos símbolos nacionais. Sua história é da própria civilização, que exigiu que as tribos, os povos e as nações se distinguissem uns dos outros com um sinal visível de suas presenças. A bandeira serve para unir, distinguir e aproximar pessoas com sentimentos idênticos. É um verdadeiro instrumento de comunicação visual de massa.

A Bandeira Nacional brasileira foi instituída quando da proclamação da República, seguindo as linhas da bandeira Imperial, pelo Decreto nº 04, de 1º de novembro de 1889. Sua descrição, características, técnica de confecção, procedimento de uso e apresentação, cerimonial e respeito vêm rigorosamente disciplinados pelos artigos: 3 a 5, 10 a 23; e 30 a 33 da Lei nº 5.700, de 1º de setembro de 1971. O uso é irrestrito. Deve ser empregada em toda a cerimônia de caráter público e pode ser empregada em qualquer manifestação de caráter particular ou popular, observando as regras de respeito. Tão importante a Bandeira Nacional que possui um hino oficial em seu louvor. No calendário de datas comemorativas o dia 19 de novembro é consagrado como o “Dia da Bandeira”, ocorrendo obrigatoriamente uma comemoração cívica e especial.

9 Hino

A música constituiu a primeira forma de manifestação utilizada pelo homem, precedendo a linguagem. O som musical desperta sentimentos dos mais variados. Hinos são músicas de louvor e adoração. Os hinos nacionais são canções patrióticas que despertam sentimentos de amor à própria terra e a seu povo. É o símbolo acústico de um país.

O Hino Nacional brasileiro é constituído de música composta por Francisco Manuel da Silva (1795 -1865) e do poema escrito por Osório Duque Estrada (1870-1927). A música foi instituída pelo Decreto nº 171, de 20 de janeiro de 1889. O poema instituído pelo Decreto nº 15.671, de 06 de setembro de 1922, após ser adquirida a propriedade plena e definitiva da letra, através do Decreto nº 15.671, de 6/9/1922.

A descrição, características das partituras, técnicas e procedimento de uso, forma de execução, o cerimonial e o respeito devido vêm disciplinados rigorosamente pelos artigos 6º, 24, 25 e 34 da Lei nº 5.700, de 1º de setembro de 1971. O uso é irrestrito. Deve ser empregado em todos os eventos de caráter oficial. Pode ser empregado em qualquer evento particular ou popular, desde que asseguradas as regras de respeito. No calendário de datas comemorativas, o dia 13 de abril é consagrado como o “Dia do Hino Nacional”.

10 Armas

As armas, conhecidas também como emblema, brasão de armas, ou simplesmente brasão ou escudo de armas são, o que se pode dizer, logomarca, identidade visual de uma pessoa, família, clube, de uma cidade. As Armas Nacionais ou Brasão da República foram instituídas pelo Decreto nº 4, de 19 de novembro de 1889, sendo sua arte de autoria de Artur Sauer. A descrição, característica técnica de confecção e procedimento de uso vêm rigorosamente disciplinados pelos

artigos 7, 8 e 26 da Lei nº 5.700, de 1/9/1971. O uso é restrito. Somente pode ser empregado por órgão público componente dos três Poderes em níveis Federal, Estadual e Municipal.

11 Selo

Selo ou sinete constitui um sinal, uma marca oficial, notória e exclusiva para identificar a origem e autenticar documentos geralmente de caráter público.

O Selo Nacional foi instituído pelo Decreto nº 4, de 19 de novembro de 1889. Trata-se da mesma esfera da Bandeira Nacional, tendo na borda a inscrição: “República Federativa do Brasil”.

Sua descrição, característica, técnica de confecção e procedimento de uso vêm rigorosamente disciplinados pelos artigos 9 e 27 da Lei nº 5.700, de 1/9/1971. O uso é restrito, aliás, restritíssimo, pois somente pode ser empregado por órgão público do Poder Executivo em nível federal.

12 Cores nacionais

Embora não estejam enumeradas como Símbolo Nacional, as cores nacionais são o verde e o amarelo, também conhecido como auriverde ou verde louro. São as mesmas cores predominantes da Bandeira Nacional e podem ser usadas irrestritamente, inclusive associadas a outras cores. Vêm disciplinadas pelos arts. 28 e 29 da Lei nº 5.700, de 1/9/1971.

13 Símbolos secundários

Além dos Símbolos Nacionais representativos do Estado nacional, podem ser adotados oficialmente símbolos secundários, tam-

bém denominados como símbolos próprios, como forma alternativa de representação da pátria e de reforçar a unidade e integração nacional, os quais recaem sobre elementos da natureza.

Exemplificando, temos atualmente o Pau Brasil (*Caesaplipinia echinata*, Lam, 1785), que, por razões históricas, é considerada a árvore nacional, declarada pela Lei nº 6.607, de 7 de dezembro de 1978. Também a flor do Ipê Amarelo (*Handroanthus albus*), embora não seja oficializada. O Sabiá Laranjeira (*Turdus rufiventris*), um dos pássaros mais populares da fauna ornitológica brasileira, sendo uma presença comum no folclore e mesmo na cultura, literatura erudita, é considerado ave-símbolo, declarada pelo Decreto de 03 de outubro de 2002. Todos são símbolos próprios e vivos do Brasil, que levam à conscientização de união para preservação da história nacional e do meio ambiente.

Aliás, muitos países elegem membros de sua fauna e flora como símbolos oficiais, os quais representam seus valores históricos, grandeza, pujança e altivez. Exemplificando, podemos citar: O leão (*Panthera leo*) é o animal-símbolo e também heráldico da Holanda. A Águia-real (*Aquila chrysaetos*) é o animal-símbolo e também heráldico da Alemanha. O galo (*Gallus gallus*) é o símbolo da França. O Condor-dos-Andes (*Vultur gryphus*) é o animal-símbolo da Colômbia, e de outros três países: Bolívia, Equador e Chile. O Peneireiro-vulgar (*Falco tinnunculus*) é a ave-símbolo da Bélgica. O Sobreiro (*Quercus suber* L.) é a árvore-símbolo de Portugal. O Cedro (*Cedrus libani*) é a árvore-símbolo do Líbano, inclusive figura em sua Bandeira Nacional. Bordo Rubro (Acer) é a árvore-símbolo nacional do Canadá, e figura inclusive em sua bandeira. A flor do crisântemo (*Chrysanthemum*) é símbolo nacional do Japão, e figura inclusive nas armas nacionais.

Referências

BERTELLI, Luiz Gonzaga. *Símbolos nacionais: utilização e significados*. 2. ed. São Paulo: CIEE, 2004.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 out. 1969. Seção 1, p. 8.865.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRUGALLI, Alvin Melquides. *Meu Brasil brasileiro: símbolos nacionais e históricos*. 2. ed. Caxias do Sul: EDUCS, 1986.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

LUZ, Milton. *A história dos símbolos nacionais: a bandeira, o brasão, o selo, o hino*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 1999.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza Pinto. *Os símbolos nacionais e a liberdade de expressão*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

“Ao promulgar a Constituição, às 15h48min de ontem, o presidente Ulysses Guimarães disse que o ‘desejo da nação é de que o plenário do Congresso Nacional não abrigue outra Assembleia Nacional Constituinte’.”

Tribuna da Imprensa

Rio de Janeiro, 6 de outubro de 1988.



PROGRESSO



A efetividade da prestação jurisdicional a partir da Resolução nº 125/2010 do CNJ

Marcos Lincoln dos Santos

Desembargador do TJMG; Membro substituto do TRE;
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha/MG - 1980;
Curso de Estudos Sociais pela Faculdade de Filosofia,
Ciências e Letras de Varginha/ MG - 1980 a 1981;
Professor no Colégio São Luiz Gonzaga na cidade de
Elói Mendes/MG - Ensino Médio - 1978 a 1983.

Tássia Carolina Padilha dos Santos

Mestranda em Direito Empresarial pela
Faculdade de Direito Milton Campos - Nova Lima/MG;
Pós-Graduada em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais; Graduada pela Faculdade de Direito Milton Campos;
Professora parceira da Fundação Nacional de Mediação de Conflitos;
Representante dos discentes junto ao Colegiado do Mestrado da Faculdade
Milton Campos, mandato de 2017-2018; Advogada no escritório de advocacia
Padilha dos Santos & Resende Advogados Associados.

1 Introdução

O presente artigo trata da política pública implementada por meio da Resolução nº 125 do CNJ do ano de 2010, que prega o tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judi-

ciário e após alguns anos com a vigência das Leis nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) e Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). A partir destas, os métodos autocompositivos se tornaram instrumentos preferenciais na solução de conflitos, com o objetivo de prevenir e solucionar litígios.

Para compreender o contexto de tal mudança, será feita uma breve digressão sobre o tema, passando inicialmente pelo entendimento do que é política pública até chegar às mudanças sociais que clamaram pela intervenção do Estado, no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário, levando em consideração suas dificuldades e limitações.

Para tanto, serão evidenciados os conceitos e feitas as distinções necessárias que permeiam o tema. O ponto central do estudo é a transcendência da política pública que veio fomentar a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

Isto porque, em uma sociedade cada vez mais complexa, os novos métodos são de grande valia e surgem para dar maior efetividade ao acesso à justiça, sem dispensar a observação do campo normativo. Assim, a mediação é um meio hábil e favorável para solucionar processos sem que seja necessária a intervenção do Poder Judiciário, mas, para que isso aconteça, é preciso que a população alcance a maturidade necessária para mudança de paradigma da “cultura da sentença”, para a resolução consensual de conflitos.

Enfim, faz-se necessário registrar que este estudo não pretende esgotar o tema, mas apenas cinge-se a enfocar pontos considerados relevantes e instigar o debate sobre a questão jurídica e social apontada, que é de suma importância para o novo panorama que se insere.

2 O Poder Judiciário no contexto das políticas públicas

Políticas públicas são conjuntos de atividades diretas ou indiretas desenvolvidas pelo Estado, que visam um bem ou interesse co-

mum. O referido conceito tem origem na palavra “política”, que origina do grego “*polis*”, que, por sua vez, está relacionada às coisas da cidade, ou seja, “ao que é urbano, público, civil e social”.

As políticas públicas são construídas com a participação de entes públicos ou privados e pretendem garantir à sociedade determinado direito, de acordo com a área ou setor em que estão inseridos. As decisões são interligadas e tomadas por um ator ou grupo de atores políticos, responsáveis pela definição dos objetivos e pelos meios necessários para atingi-los.

Segundo a definição de Laswell, decisões e análises sobre política pública implicam, em linhas gerais, responder às questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz (SOUZA, 2006).

As constantes mudanças que ocorrem na sociedade clamam para que o Estado passe à análise das políticas públicas, dos problemas e das necessidades sociais, buscando ainda o bom funcionamento das instituições.

Nesse sentido, é relevante o estudo das políticas públicas, pois estas se vinculam à compreensão teórica dos fatores intervenientes e à dinâmica das próprias políticas. Do mesmo modo, há necessidade de os cidadãos entenderem o que está previsto nas decisões que os afetam, como foram estabelecidas e como estão sendo implementadas (SCHMIDT, 2008).

O Poder Judiciário, que até então sempre manteve uma postura de colocar em confronto as partes envolvidas em uma disputa, passou a encontrar dificuldades nessa conduta por motivos variados, dentre eles, o fato de que o número de ações que tramitam no Judiciário brasileiro está muito acima dos padrões internacionais, comprometendo a sua eficácia, uma vez que o número de magistrados para atender a toda essa demanda não é suficiente.

As inúmeras questões, complexas ou não, que são levadas ao crivo do Judiciário reivindicam de maneira indiscriminada o seu po-

sicionamento certo, almejando que este encontre a melhor e mais justa solução para determinado imbróglio.

Ocorre que, sobrecarregada, a instituição se torna cada vez mais lenta, morosa, pouco eficaz e insatisfatória. Portanto, se fez necessária a implementação de uma política pública que atendesse aos anseios da sociedade no que diz respeito à efetividade da prestação jurisdicional.

Essa necessidade resta clara, quando identificados dois elementos: a intencionalidade pública, que é a motivação que leva o Estado a estabelecer determinadas ações com o intuito de solucionar um problema que, em regra, é coletivo; e o problema público, que é caracterizado quando a situação fática não condiz com a realidade almejada pela coletividade.

Assim, diante das dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário brasileiro, questões que dizem respeito à gestão da instituição foram incluídas na pauta das políticas públicas. O objetivo é alcançar um cenário ideal em que os cidadãos tenham o seu direito de acesso à justiça assegurado.

Porém, nesse novo contexto, o princípio constitucional do acesso à justiça deve ser analisado sob uma nova perspectiva. Mais do que ter o direito de ação e a prerrogativa de ingressar com seus pleitos no âmbito do Poder Judiciário, o cidadão deve prezar pela efetiva solução de seus conflitos e satisfação de suas reivindicações. De maneira que se chegue a uma decisão justa e que ponha fim à disputa em um intervalo de tempo razoável.

Diante disso, no ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 125, instituiu a política pública de “tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário [e dá outras providências]”. Esta visa aproximar os métodos consensuais de solução de conflitos do Poder Judiciário, a fim de atender aos anseios da sociedade, mesmo em um momento de crise.

3 O sistema judiciário brasileiro e as reformas legislativas

Os métodos consensuais de solução de conflitos são incentivados no Brasil desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que, em seu preâmbulo, dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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*, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Na década de 90 algumas legislações pioneiras já fomentavam a utilização dos mecanismos autocompositivos na solução de litígios, visando alcançar, através do diálogo, a solução consensual das disputas. Na esfera trabalhista, por exemplo, promover a conciliação entre as partes sempre foi prática corriqueira. Iniciativa que foi incorporada por outras legislações, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Defesa da concorrência, dentre outros.

Dentre essas, merece destaque a Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), que, baseada nos princípios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, pretendia oferecer aos jurisdicionados uma prestação mais ágil e com baixo custo. Porém o aumento populacional e a facilidade de ingresso no Judiciário acabaram sobrecarregando ainda mais o sistema judiciário brasileiro, em razão da falta de conhecimento da população sobre os métodos autocompositivos.

A consequente ineficiência processual reivindicou que o Estado tomasse providências quanto à reforma do Judiciário, para garantir aos

cidadãos o efetivo acesso à justiça, com a mudança de paradigma social da “cultura da sentença” para a “cultura da pacificação dos conflitos”.

Em setembro de 1996, foi sancionada a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307), e, com isso, diversas câmaras de arbitragem foram criadas e passaram a incluir em suas atividades a prática da mediação. Todavia, naquela época, ainda não se sabia muito bem qual a definição do instituto e sua abrangência. A primeira iniciativa em legislar sobre mediação foi em 1998, com o advento do Projeto de Lei nº 4.827, de autoria da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro.

Em linhas gerais, o referido projeto de lei (PL nº 4.827) estabelecia que a mediação pudesse ser aplicada em qualquer matéria, atingindo todo o conflito parte dele, além de poder ser proposta pelo Juiz em qualquer grau de jurisdição. Esse projeto foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e seguiu para a revisão do Senado Federal em 2002.

No entanto, instituições e profissionais do ramo da mediação a princípio eram contra a ideia de que seria necessário legislar sobre o tema, pois acreditavam que isso iria engessar o método, além de representar uma imposição, o que não condiz com os princípios que sustentam o instituto, quais sejam a autonomia da vontade e a voluntariedade.

Em 2004, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, foi inserido na Constituição Federal o art.103-B, que criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão encarregado de garantir o controle administrativo e processual, a transparência e o bom funcionamento do Judiciário. A EC 45 trouxe inovações significativas ao Judiciário, dentre elas os debates sobre a inclusão da mediação no ordenamento jurídico, que havia sido esquecido e voltou a ser pauta, pois esta passou a ser vista pelo CNJ como alternativa para diminuir o acervo do Judiciário e torná-lo mais eficiente.

No Senado, ao reexaminar o projeto de lei da deputada Zulaiê, a Comissão de Constituição e Justiça fez inúmeras alterações, e, de

sete artigos, o PL passou a ter 47, isto porque se acreditava que toda a atividade, tanto no âmbito judicial como no extrajudicial, deveria ser regulamentada. Aprovado pelo Senado em 2006, o novo texto foi remetido novamente à Câmara para votação, mas não avançou devido às pressões políticas daquelas entidades que tinham influência no meio e se posicionavam de forma contrária.

Em 2007, foi realizado o Fórum Nacional de Mediação (FONAME), que reunia diversas entidades públicas e privadas voltadas para a defesa e promoção da mediação, emergindo a ideia de que as divergências sobre o tema poderiam ser dirimidas por meio de uma política pública que oferecesse um padrão nacional para o uso da conciliação e mediação no Brasil. Tal iniciativa fez com que os mecanismos de resolução consensual de conflitos ganhassem força dentro do Poder Judiciário, o que veio a resultar na publicação da Resolução nº 125 do CNJ em novembro de 2010.

A Resolução, além de determinar que o Poder Judiciário deve oferecer aos jurisdicionados os serviços de conciliação e mediação, aponta ser indispensável a presença de profissionais capacitados para acompanhar os casos, além de indicar critérios mínimos para a formação desses (Código de Ética de Conciliadores e Mediadores), e definir a criação dos Centros de Solução de Conflitos e de Cidadania (Cejuscs).

Nesse contexto, concomitantemente às diretrizes traçadas pelo CNJ a respeito da conciliação e da mediação, tramitava no Senado o Projeto de Lei nº 166/2010, que tratava da reforma do Código de Processo Civil. O novo código foi aprovado e entrou em vigor em 16 de março de 2015, e passou a prever a mediação e a conciliação como pilares da estrutura processual, impulsionando a autocomposição, sob o argumento de que esta é a forma mais rápida e eficiente para a solução dos conflitos.

O CPC de 2015 evidencia a aplicabilidade da conciliação e da mediação em várias oportunidades e fases processuais, e inclusive pré-processuais. O art. 149 do referido diploma legal, por exemplo,

confere ao conciliador e ao mediador papel de destaque, e os coloca como auxiliares da justiça. Da mesma forma, o art. 165 impõe a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, visando criar o ambiente adequado para fomentar as mencionadas práticas, além de distinguir a atuação de mediadores e conciliadores.

A partir daí foram retomadas as discussões sobre a necessidade de uma legislação específica que tratasse da mediação. Em 2015, uma comissão formada pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça preparou uma nova versão do projeto de lei, que foi levada à discussão no Senado e analisada em conjunto com outro projeto de lei já existente, de autoria do senador Ricardo Ferraço, e, assim, com uma rápida e inesperada tramitação, após passar pelo Senado e pela Câmara, foi aprovada e sancionada em 26 de junho de 2015 a Lei nº 13.140 (Lei de Mediação).

Nota-se que, conforme as diretrizes trazidas pela Resolução nº 125/10, os institutos foram positivados a partir do momento em que o legislador estabeleceu regras de funcionamento da mediação e conciliação no novo CPC e na Lei de Mediação.

Diante dessas inovações legislativas, fizeram-se necessárias alterações na Resolução nº 125 do CNJ, dentre elas a Emenda nº 2, que dispunha sobre a instauração do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores (CNMJC), com o objetivo de apoiar os tribunais, as partes e seus advogados, na organização e escolha de mediadores e facilitadores. Outra importante novidade trazida por esta emenda foi a criação e valorização dos Fóruns Coordenadores de Nupemecs (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos).

Insta salientar que estas normas referentes à autocomposição devem ser interpretadas de maneira particular, pois partem de premissas distintas da heterocomposição com as quais estamos acostumados.

Nesse cenário, começa-se a romper com a ideia de que um conflito só poder ser solucionado por uma única via, a judicial. Outro meio

poderá ser utilizado para a solução da disputa e será eficiente quando contar com instituições devidamente capacitadas e procedimentos adequados, que buscam atender aos reais interesses dos envolvidos.

Nesse sentido, afirma Bolzan de Moraes:

Trata-se de exigência de garantias e meios concretos rumo à democratização do acesso à justiça ‘à solução de conflitos’, princípio basilar do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, de um repensar os modos de tratamento dos conflitos, com o objetivo de implementar mecanismos de pacificação social mais eficientes, que não desvirtuem os ideais de verdade e justiça social do processo, proporcionem a desobstrução da Justiça e assegurem as garantias sociais conquistadas (MORAIS, 1999, p. 115).

4 Os principais métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil

Dentre os métodos adequados de solução de conflitos, destacam-se a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem. Esses aparecem como uma nova opção para aqueles que, até então, quando se envolviam em qualquer tipo de disputa, procuravam predominantemente o Poder Judiciário.

Referem-se, ainda, a mecanismos de pacificação social, por meio dos quais se busca o diálogo, com o objetivo de habilitar as partes para que sejam capazes de administrar seus próprios conflitos. Nesse sentido, Walsir Edson Rodrigues Júnior defende que:

Trata-se do chamado ‘sistema multiportas’. Um sistema judicial ampliado mediante a introdução de múltiplos programas para resolver as disputas, servindo-se de métodos alternativos que podem ser utilizados antes e durante a ação judicial. Um *menu* de várias opções de resolução de conflitos que permite a utilização do mecanismo mais adequado para cada conflito em particular (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 39-40).

a) Negociação

A negociação é um mecanismo onde a comunicação é voltada para a persuasão da parte contrária. Os envolvidos têm total controle do processo e dos resultados, sem que haja a intervenção de terceiros.

Nesse sentido, Mariana Gouvea explica que “[...] as próprias partes em um conflito podem utilizar as técnicas de negociação, sem intervenção exterior” (CABRAL; CUNHA, 2016).

O objetivo da negociação é procurar a pacificação de um conflito de interesses com uma solução que convença as partes de maneira livre, a fim de preservar a confiança e credibilidade entre os negociadores. Na negociação todos os aspectos do caso são considerados relevantes e negociáveis.

William I. Zartman (2009) afirma que a tomada de decisões em negociações ocorre nos casos em que não há regras a serem seguidas e nem autoridade. Em outros termos, recorre-se à negociação, quando as partes são “soberanas” e independentes, e, ainda, quando o único mecanismo de tomada de decisão é a unanimidade das partes colocadas em condições de igualdade (ZARTMAN *et al.*, 2009).

Logo, conclui-se que grande parte dos indivíduos, ainda que inconscientemente, utilizam a negociação como primeiro método para solucionar seus conflitos e, apenas no caso de não obter êxito, recorrem a outros meios.

b) Conciliação

A conciliação é um processo autocompositivo no qual as partes são auxiliadas por um terceiro desinteressado, o conciliador, que tem por objetivo fazer com que os interessados ponham fim à questão através de um acordo.

Segundo Fiuza, conciliação é “o processo pelo qual o conciliador tenta fazer com que as partes evitem ou desistam da jurisdição, encontrando denominador comum” (FIUZA, 1995, p. 56).

O conciliador deve ser imparcial, porém pode sugerir soluções para o litígio, e busca fazer com que os envolvidos no conflito aceitem suas ponderações e sugestões. Todavia, não poderá, jamais, fazer imposições, causar constrangimento ou intimidação às partes. Cabe a elas, de modo espontâneo, acatar ou não as ponderações feitas pelo conciliador, tendo autonomia para tomar suas decisões.

c) Arbitragem

A arbitragem, ao contrário dos métodos descritos anteriormente, é um processo heterocompositivo, eminentemente privado. Uma forma alternativa de resolução de conflito de caráter extrajudicial e adversarial, no qual um terceiro neutro ao conflito, escolhido de comum acordo pelas partes, fica habilitado a decidir por elas.

No procedimento, as regras e provas poderão ser flexibilizadas, porém não devem ser contrárias às disposições da legislação específica, a fim de evitar a arguição de possíveis nulidades. Amauri Mascaro Nascimento (1991) define esse meio como uma “forma de composição extrajudicial dos conflitos, por alguns doutrinadores considerada um equivalente jurisdicional. A questão será decidida não por um juiz, mas por uma pessoa ou órgão não investido de poderes jurisdicionais”.

O procedimento tem natureza contratual, é extremamente técnico e tem o condão de, após o cumprimento do rito processual próprio, pôr fim à disputa por intermédio de uma decisão fundamentada e impositiva que será proferida pelo árbitro.

d) Mediação

A mediação, por sua vez, é um processo autocompositivo, em que as partes são auxiliadas por um mediador, terceiro neutro e imparcial, que irá facilitar o diálogo entre estas. O papel do mediador é fazer com que os indivíduos restabeleçam a comunicação de forma produ-

tiva e, assim, consigam encontrar uma saída criativa para o conflito, tornando-se corresponsáveis na elaboração de uma solução.

O mediador não deve sugerir ou impor uma solução e, inclusive, não poderá interferir nos termos de um possível acordo. Segundo Adolfo Braga Neto,

[...] mediação é uma técnica não-adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas, etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas (BRAGA NETO, 1999, p. 93).

O mediador tem o papel de auxiliar as partes a compreenderem suas posições e identificarem seus reais interesses, de maneira que cheguem a um ponto comum que seja compatível e faça com que os interesses e as necessidades de ambos sejam atendidos.

A função do mediador, de acordo com o entendimento das Professoras Fernanda Maria Dias de Araujo Lima, Rosane Maria Silva Vaz Fagundes e Vânia Maria Leite Pinto é:

[...] cooperador, eis que ajuda a discutir com respeito; coordenador da discussão entre as partes; ressalta as convergências e divergências em torno do objeto do conflito de interesses; identificador dos pontos de atrito entre as partes que originaram o conflito; motivador da criatividade na busca de alternativas para a solução do conflito; bem como auxilia as partes a descobrir seus reais interesses, permitindo que o acordo firmado por elas seja justo, equitativo e duradouro (LIMA; FAGUNDES; PINTO, 2007, p. 105-106).

Desta forma, a mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial, sem imposição de sentenças, produção de provas

ou laudos, mas que conta com o auxílio de um profissional devidamente capacitado, que será responsável pela condução do processo. Ao final, as partes devem estar devidamente habilitadas para tomar suas próprias decisões, preservando seus interesses e alcançando um acordo que traga ganhos mútuos.

e) Mediação x Conciliação

Importante ressaltar que os institutos conciliação e mediação não se confundem, apesar de a conciliação ser o meio autocompositivo que mais se assemelha com a mediação. Há autores que inclusive consideram a conciliação como sendo uma espécie do gênero mediação. Neste sentido, Fernando Horta Tavares (2002) aduz que a conciliação é uma das maneiras de se proceder à intermediação.

O doutrinador Roberto Portugal Bacellar afirma que os institutos têm aplicabilidades distintas, o que deve ser levado em consideração na escolha do procedimento, de acordo com as particularidades do caso concreto.

A conciliação é opção adequada para resolver situações circunstanciais, como indenização por acidente de veículo, em que as pessoas não se conhecem (o único vínculo é o objeto do acidente), e, solucionada a controvérsia, lavra-se o acordo entre as partes, que não mais vão manter qualquer outro relacionamento; já a mediação afigura-se recomendável para situações de múltiplos vínculos, sejam eles familiares, de amizade, de vizinhança, decorrentes de relações comerciais, trabalhistas dentre outros. Como a mediação procura preservar as relações, o processo mediacional bem conduzido permite a manutenção dos demais vínculos, que continuam a se desenvolver com naturalidade durante a discussão da causa (BACELLAR, 2003, p. 231).

Dentre outras diferenças procedimentais específicas se destacam as etapas do método, o tempo despendido, a forma de adesão

para participação e o objetivo final de cada um dos institutos. O Código de Processo Civil de 2015 define explicitamente as situações em que o processo deverá ser conduzido por um conciliador ou mediador.

Nos termos do art. 165, § 2º, do novo CPC, o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o conflito conforme já mencionado. O que não é permitido ao mediador, que por sua vez atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior e, principalmente, quando houver intenção de preservação da relação, seja ele pessoal ou comercial (art. 165, § 3º, do novo CPC).

5 Efetividade da política pública — entre o projeto e a prática

A prática da mediação passou a ser atrativa no Brasil por diversos motivos. A princípio, o principal objetivo era diminuir o número de processos que ocorrem no âmbito do Poder Judiciário e posteriormente em busca da tão almejada “pacificação social”.

Ao se submeter ao procedimento de mediação, os cidadãos serão capacitados para gerir seus próprios conflitos, tomar decisões e, assim, tornarem-se responsáveis pelas consequências destas. Além disso, os meios autocompositivos propiciam a previsibilidade de custos e resultados, colocando fim aos conflitos de forma consideravelmente mais rápida.

Conforme Adolfo Braga Neto: “[...] Nesse sentido o acordo passa a ser a consequência lógica resultante de um bom trabalho de cooperação realizado ao longo de todo o procedimento, e não sua premissa básica” (BRAGA NETO, 2003, p. 34).

Para a Professora Fernanda Lima (2015), a deficiência do Poder Judiciário se deve a fatores estruturais, bem ao pelo excesso de formalidade de burocratização. A referida autora afirma ainda,

Outro fator contributivo para a crise do Poder Judiciário, e não menos relevante, é que o acesso à justiça tem sido tratado por uma perspectiva reducionista de acesso ao processo ou ao Poder Judiciário. Soma-se a isso o anacronismo, a inadequação de parte da legislação à realidade e a prolixidade do sistema recursal em vigor (LIMA, 2015, p. 55).

Nesse mesmo sentido, a Exma. Des.^a Jacqueline Lima Montenegro do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, afirma que:

[...] o aumento das demandas judiciais decorrentes da facilitação do acesso à justiça, trazida pela Constituição Federal de 1988, aliado a outros fatores, impôs à comunidade jurídica a busca pela adoção de novas formas de enfrentamento dos conflitos sociais, como alternativa ao excesso de judicialização hoje enfrentado por todos os Tribunais do país (ALMEIDA; PATO-JA; PELAJO, 2016).

Constata-se, portanto, que a Resolução nº 125 do CNJ, juntamente com os posteriores diplomas legais (Código de Processo Civil de 2015 e Lei de Mediação), mudaram o foco do acesso à justiça, de maneira que este não se confunda com “acesso ao Judiciário”. O “acesso à justiça” está ligado à satisfação do usuário com o resultado final do processo e a efetiva resolução do conflito, e não com o mero direito de ingressar no Poder Judiciário, compor uma relação jurídica processual ou sujeitar-se ao ordenamento jurídico material.

A participação do jurisdicionado na escolha dos métodos que serão utilizados para solucionar suas questões, bem como a autonomia para a tomada de decisões aumentam significativamente a percepção de justiça destes.

Atualmente, com as legislações específicas e o novo Código de Processo Civil, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico-processual brasileiro é composto por vários tipos de processos, o chamado pluri-processualismo. Nesse novo modelo, cada tipo de procedimento

será empregado de acordo com o caso concreto, a fim de reduzir a ineficiência. A escolha para a utilização de cada um deles será analisada de acordo com as características individuais de cada caso concreto.

Desta forma, cada evento será direcionado ao processo que melhor se encaixar, podendo ser heterocompositivo judicial, autocompositivo ou heterocompositivo privado. O professor Câmara explica que:

Trata-se de um momento em que o processualista dedica seus esforços no sentido de descobrir meios de melhorar o exercício da prestação jurisdicional, tornando tal prestação mais segura e, na medida do possível, mais célere, tentando aproximar a tutela jurisdicional, o mais possível, do que possa ser chamado de justiça. O processo deixa de ser visto como mero instrumento de atuação do direito material e passa a ser encarado como um instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos. Além disso, passa-se a privilegiar o consumidor do serviço prestado pelo Estado, quando do exercício da função jurisdicional, buscando-se meios de administração da justiça que sejam capazes de assegurar ao titular de uma posição jurídica de vantagem uma tutela jurisdicional adequada e efetiva (CÂMARA, 2010, p. 9-10).

Nesse contexto foi criado o chamado Fórum de Múltiplas Portas (FMP), que é um modelo proposto pelo CNJ, em que o Judiciário contenha em sua estrutura um centro especializado de resoluções de disputas, com a possibilidade de as partes usufruírem de distintos meios de resolução de conflitos disponibilizados pelo Estado.

Desta forma, ao ingressar com uma demanda, as partes serão direcionadas àquele processo que melhor se adequa às características da sua disputa. Nesse caso, caberá ao magistrado exercer a função gerencial das demandas, pois, além de ser responsável pela efetiva realização dos escopos, também atuará no encaminhamento dos processos aos auxiliares da justiça, quando entender adequado, respeitando os limites impostos pelos princípios constitucionalmente.

Para a estruturação dos núcleos e centros permanentes de solução de conflitos os Tribunais de Justiça devem contar com a participação e o apoio do Conselho Nacional de Justiça. O órgão fiscalizador deverá acompanhar todo o planejamento, inclusive no que diz respeito ao suporte orçamentário, e ficará responsável também pela capacitação de instrutores em mediação e conciliação. Além disso, fica incumbido de prestar consultoria no que tange à estruturação e manutenção dos núcleos, bem como de contribuir na elaboração de materiais pedagógicos que possibilitem aos tribunais treinar seu pessoal e também aqueles profissionais que tiverem interesse.

Mesmo com a ratificação dos principais aspectos da Resolução nº 125 do novo CPC e da Lei de Mediação, e com todo o esforço e empenho dos Tribunais de Justiça e do CNJ, a implementação da política pública trazida pela referida Resolução demonstra certas dificuldades, pois configura uma alteração de paradigma. A população brasileira não possui maturidade suficiente para se responsabilizar por seus atos e decisões, motivo pelo qual ainda acredita que a melhor alternativa é a intercessão de um terceiro que decida por ela.

Observa-se que o ideário dos métodos de solução de disputas só será alcançado quando as partes tiverem acesso a informações e orientações para conhecerem as possibilidades e a efetividade dos mecanismos adequados de resolução de conflitos (WATANABE, 1988).

Para galgar a almejada mudança de protótipo, é preciso passar por uma brusca transformação cultural, pois o novo cenário irá alterar tanto o papel do Poder Judiciário como do jurisdicionado, refletindo em diversas áreas, principalmente no que se refere à gestão do Poder Judiciário.

Os obstáculos que o desenvolvimento da mediação no Brasil vem encontrando ocorrem devido à inconsistência das próprias forças que o impulsionam. Isto porque são traçadas inúmeras expectativas e metas a respeito da mediação, e estas variam de acordo com a crença

sobre o que é mais relevante consoante os princípios norteadores do instituto e os resultados esperados e/ou desejados, que muitas vezes acabam deixando de lado os fundamentos basilares do método.

6 Conclusão

A partir das considerações feitas acima, foi possível perceber uma importante novidade no que diz respeito ao papel do Poder Judiciário a partir da Resolução nº 125 do CNJ. A instituição passa a exercer papel de gestão e educação dos jurisdicionados, para que se responsabilize apenas por aquelas demandas em que não for possível alcançar o consenso.

Demonstrando seus principais pontos e ressaltando as dificuldades encontradas, bem como trazendo as principais repercussões sobre a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos nos dias de hoje, pode-se afirmar que a capacidade do Estado de fazer justiça e aplicar o direito está esgotada, devido à desatualização do sistema e uma profunda ineficiência e insuficiência do próprio Estado, tornando-se muitas vezes inacessível. Daí surge o grande incentivo e a valorização dos métodos adequados de solução de conflitos.

Em uma sociedade cada vez mais complexa, faz-se necessária uma diferenciação funcional, que contemple a pluralidade de meios e a corresponsabilidade. Os novos procedimentos surgem no sentido de dar maior efetividade ao acesso à justiça, sem dispensar a observância do campo normativo.

A desjudicialização, ao contrário do que se imagina, não é uma discussão recente. Os debates sobre o tema se arrastam há alguns anos, com o intuito de chegar a um consenso que abranja os interesses dos cidadãos e das instituições. Ainda que a mediação e a conciliação,

principalmente, sejam vistas como a consequência da grande evolução das relações humanas, há também uma grande ênfase na intenção de desafogar o Poder Judiciário e aumentar sua eficácia. O que pode fazer com que o desejo das partes de alcançar a satisfação de seus interesses fique à mercê da conveniência das instituições.

Para que a mediação não perca seu valor e não se torne um processo diretivo e autoritário, deve-se deixar claro às instituições que aplicam as técnicas do instituto que este não visa apenas ao acordo. O que importa de fato é o desejo dos envolvidos de pôr fim à questão, através do desenvolvimento da habilidade das pessoas em aprender a lidar e solucionar seus próprios conflitos.

Além do conflito de interesses, outra grande dificuldade na implementação da política pública ocorre devido à mudança de paradigma das instituições vinculadas à condução de conflitos e seus operadores, incluindo advogados e membros do Poder Judiciário, que, a partir desta, têm seus papéis modificados. A proposta desses novos programas, modelos, princípios e processo de mediação e justiça restaurativa visa incorporá-las efetivamente às práticas cotidianas e às políticas do Estado.

Nesse cenário, o Poder Judiciário também passará a tratar de questões relativas à gestão dos conflitos, através dos CEJUSC's, e encaminhando os casos aos profissionais capacitados que atuarão como auxiliares da justiça.

Apesar de já ter havido significativa mudança na postura dos tribunais, para que a mediação consiga se expandir no Brasil, as práticas ainda devem ser alinhadas às diretrizes apontadas pelo Judiciário e demais instituições. Isto só será possível com o apoio das organizações e associações de mediação para desenvolvimento da prática, a fim de preservar seus valores essenciais e características singulares.

Referências

ALMEIDA, Diego Assumpção de; PANTOJA, Fernando Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). *A mediação no novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: RT, 2003.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo Código de Processo Civil brasileiro* (Lei nº 13.105/15). Disponível em: www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro, São Paulo, Fortaleza: ABC, 2003.

BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação: uma experiência brasileira*. São Paulo: CLA Editora, 2017.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Emenda nº 1, janeiro de 2013. *Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Emenda nº 2, março de 2016. *Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. *Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jun. 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 7 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 jun. 2017.

CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Métodos alternativos de solução de conflitos. *Revista de Processo - Repro*, São Paulo, v. 259, set. 2016.

CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. A necessidade de inclusão das alternativas adequadas de solução de conflitos (conciliação, mediação, arbitragem e outras) como disciplina obrigatória nos cursos de direito. *ESAOABSP*. Disponível em: <http://www.esaoabsp.edu.br/artigo?art=136>. Acesso em: 25 jun. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE FLORIANÓPOLIS (Camaf). *Formas alternativas de resolução de conflitos*. Disponível em: <http://www.camaf.com.br/arquivos/216>. Acesso em: 27 jun. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A Resolução nº 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação*. Portal do CNJ. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../03a-8471870fa447690f7b7a6a6838288.pdf. Acesso em: 13 jun. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de Mediação Judicial - CNJ*. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/.../f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54. Acesso em: 5 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Reforma constitucional que criou CNJ completa 10 anos*. Portal do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62361-reforma-constitucional-que-criou-cnj-completa-10-anos>. Acesso em: 23 jun. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29/11/2010. Portal do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 7 jun. 2017.

DESJUDICIALIZAÇÃO: desafios das políticas públicas em resolução adequada de disputas. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.fcrs.edu.br/index.php/eedic/article/view/870/621>. Acesso em: 13 jun. 2017.

FIUZA, Cezar. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública, seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. *Mediação construtivista*. 2015. Tese (Doutorado). Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2015.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Silva Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite. *Manual de mediação: teoria e prática*. Belo Horizonte: New Hampton, 2007.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 251-260.

PINHATE, Andrea. Métodos alternativos de solução de conflito e o novo Código de Processo Civil. Jusbrasil. Disponível em: <https://andreapinhate.jusbrasil.com.br/artigos/328185141/metodos-alternativos-de-solucao-de-conflito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 27 jun. 2017.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. v. 1.

SALES, Lilia Maia de Moraes Sales; RABELO, Cilana de Moraes Soares. *Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194916/000865481.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2017.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem mediação e conciliação*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SECCHI, L. *Políticas públicas: conceitos, esquemas, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, C. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, jun./dez. 2006.

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. A crise da jurisdição: a mediação como alternativa de acesso à justiça para o tratamento dos conflitos. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/1_3_1011.

ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8660. Acesso em: 23 jun. 2017.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto. Programa de Pós-Graduação em Administração de Organizações. Disciplina de Didática. Material didático para Ensino a Distância. *Políticas Públicas*: conceitos básicos. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=194922>. Acesso em: 10 jun. 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZARTMAN, William; BERCOVITCH, Jacob; KREMENYUK, Victor. *The sage handbook of conflict resolution*. Londres: Sage Publications, 2009.

“*Depois de exatos 8.955 dias de incertezas institucionais, a contar do dia 31 de março de 1964, o Brasil inaugura hoje uma nova era.*”

Jornal do Brasil

Rio de Janeiro, 5 de outubro de 1988.



A ordem econômica na Constituição de 1988 e a proteção ao consumidor

Moacyr Lobato de Campos Filho

Desembargador do TJMG;

Coordenador do Centro de Estudos

Juiz Ronaldo Cunha Campos.

1 Introdução

Ao ensejo de seus trinta anos, a Constituição do Brasil, promulgada em outubro de 1988, trouxe aos brasileiros situação jurídica inédita no tocante aos direitos e garantias individuais, consolidando e ampliando conquistas, a ponto de ser alcunhada “Constituição *cidadã*”.

Nesse amplo espectro de avanços, ao consumidor foram cancelados direitos até então inauditos, erigindo sua proteção em nível de direitos e garantias individuais ao lado de tantos outros inseridos no expressivo rol do artigo 5º.

Albergado no âmago constitucional, encartado entre princípios e valores concernentes à ordem econômica, o direito do consumidor mereceu, ainda, o beneplácito do disposto no art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo comando reclamava a edição de lei própria em prazo correspondente a 120 dias.

Assim, em setembro de 1990, veio a lume a Lei 8.078, o festejado Código de Defesa do Consumidor, amparado por expressas disposições constitucionais, todas assecuratórias da prevalência dos interesses das pessoas nas relações de consumo.

A proteção estabelecida no âmbito constitucional, de igual modo, serve de estímulo à proteção e higidez da livre concorrência, outro dos pilares da ordem constitucional no campo econômico.

O texto a seguir pretende, em sucintas razões, dizer um pouco dessa realidade com especial destaque para a situação da pessoa jurídica consumidora, objeto de tão desvelado esforço da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência pátria.

A iniciativa da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes é de todo meritória, ao tempo do trigésimo aniversário da Constituição brasileira, em registrar a destacada relevância deste marco temporal por meio de publicação, sob seus auspícios, de inúmeras contribuições de diversos autores, às quais se soma a modesta manifestação deste autor.

2 Breves notas sobre a ordem econômica constitucionalmente estabelecida

A ordem econômica e financeira posta no Título VII da Constituição de 1988 destaca, já em seu primeiro capítulo denominado “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, que referida Ordem tem por finalidade assegurar a todos existência digna, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, os princípios da propriedade privada, sua função social, livre concorrência e defesa do consumidor.¹

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

A Constituição da República decompôs, segundo José Tarcízio de Almeida Melo, pela primeira vez, a Ordem Econômica e a Ordem Social em dois títulos distintos, para dar ênfase à segunda fase áurea dos direitos sociais (MELO, 2008, p. 1.024).

Na primeira delas, no texto de 1937, a Ordem Econômica foi acompanhada da afirmação dos direitos trabalhistas e com instituição da Justiça do Trabalho. Foram as Constituições do México em 1917 e Weimar em 1919, que praticamente introduziram o constitucionalismo moderno, conforme aponta Raul Machado Horta, citado por Almeida Melo.

Na mesma direção, Eros Roberto Grau:

Embora a Constituição de 1824 e a Constituição da República de 1981 dispusessem, tal qual as demais Constituições liberais, sobre aspectos concernentes à ordem econômica (direito de propriedade, liberdade de indústria e comércio, liberdade de profissão, liberdade contratual, etc.), a sistematização desses temas em um capítulo do texto constitucional ocorrerá apenas na Constituição de 1934, sob inspiração das experiências constitucionais mexicanas, em 1917, e alemã, em 1919. Desde 1934 todas as Constituições brasileiras conterão um capítulo atinente à Ordem Econômica e Social, a partir de 1988 dividido em distintas seções, 'Ordem Econômica' e 'Ordem Social'. O artigo 170 da CB atualiza os preceitos veiculados nesses capítulos (GRAU, 2013, p. 785).

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Os princípios e valores encartados no art. 170 da Constituição do Brasil asseguram, de um lado, aqueles vinculados à livre iniciativa — já previstos no art. 1º do próprio texto constitucional — e, como correspondentes íntimos, aqueles outros alhures mencionados, concernentes à valorização do trabalho humano e da justiça social em que se desdobram, exemplificativamente, a soberania nacional, função social da propriedade e defesa do consumidor, todos, de resto, associados à dignidade da pessoa humana, princípio fundante da própria República.

Nesse sentido, o exercício da atividade econômica nos países onde, historicamente, prevaleceu o primado da livre iniciativa, decorrente do liberalismo econômico, foi objeto de crescente presença do Estado, refletida nos textos constitucionais que variaram desde o mais completo abandono a serviços como os relativos à saúde pública, educação e assistência social, desprovidos de apelo à iniciativa privada, até a própria adoção do intervencionismo estatal regulador da economia de maneira geral (MELO, 2008, p. 1.024).

O embate entre defensores de inspirações econômicas distintas e, até mesmo ideologicamente divergentes, presidiu a elaboração do texto relativo à Ordem Econômica entre nós.

Na votação do texto constitucional de 1988, houve importante impasse entre as forças conservadoras e as progressistas presentes na Assembleia Nacional Constituinte.

[...]

Não existe um traçado unívoco em matéria econômica. Trata-se de ordenamento inspirado por princípios liberais e por outros, que são intervencionistas.

As forças dominantes e heterogêneas da Assembleia Constituinte de 1987 determinaram o conteúdo híbrido da Ordem Econômica (MELO, 2008, p. 1.024).

O Título VII da Constituição de 88, portanto, não consagra a (re)afirmação de princípios atinentes à livre economia de mercado,

apartada de quaisquer outros princípios e regras moduladores dos efeitos do exercício dessa mesma atividade, tampouco estabelece dirigismo econômico inibidor da livre iniciativa.² Exige, desse modo, diligente interpretação, visando harmonizar a possibilidade de livre exercício da iniciativa privada com as limitações, em última análise, da primazia da dignidade da pessoa humana.

Ao discorrer sobre a interpretação dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides observa:

A interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livrar-se da interpretação, disse o constitucionalista espanhol Javier Perez Royo, no capítulo V do seu *Curso de direito constitucional*. E, a seguir, completou a base de sua lição com outra assertiva não menos lúcida e lapidar: ‘Sem interpretação não há direito’, ou, com mais propriedade, ‘não há direito que não exija ser interpretado’ (BONAVIDES, 2018, p. 610).³

Dessa forma, como bem assevera Giovani Agostini Saavedra:

A concretização do princípio da livre iniciativa deve sempre significar, ao mesmo tempo, concretização de seu *telos*. Sendo assim,

² Anota Kildare Gonçalves Carvalho: “A opção do texto constitucional, embora não o diga expressamente, é pelo capitalismo e a apropriação privada dos meios de produção, com alguns preceitos apontando para uma socialização, sem, contudo, comprometer a essência do sistema.

[...]

Dento do modo capitalista de produção, tais objetivos constituem um desafio, pois, tendo o lucro como fator preponderante, com a conseqüente acumulação e concentração da riqueza, o sistema capitalista gera gritantes desigualdades sociais, difíceis de serem evitadas sem a intervenção do Estado” (CARVALHO, 2013, p. 796).

³ O autor, em nota de rodapé, explica: “Aliás, a interpretação a que se aplica o rigor dessa assertiva não é, contudo, a da Velha Hermenêutica, mas a da Nova, que melhor se denomina *concretização*. Interpretar nesse contexto quer dizer concretizar. Convém o reparo para expungir dúvidas, quando se sabe que determinadas proposições normativas de literalidade cogente, ou vazadas em termos matemáticos e absolutamente mandamentais, como já referimos noutro trabalho, fazem escusada toda diligência interpretativa. Só essas regras de natureza excepcional, cuja imperatividade ou quantitativismo é categórico, não abrem espaço à razão humana para duvidar de seu sentido; a elas unicamente é que cabe o brocardo *in claris cessat interpretativo*. Não se concretizam nem se interpretam; aplicam-se.”

parece clara a relação direta que se estabelece entre livre concorrência e a Dignidade da Pessoa: trata-se de relação teleológica, visto que o *caput* trata especificamente da existência digna como *telos* da Ordem Econômica (SAAVEDRA, 2013, p. 1.808).

Prossegue, invocando lição de Eros Roberto Grau e Paula Forgioni:

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais da promoção da dignidade humana. A Constituição do Brasil, em seu todo, persegue objetivos mais amplos e maiores do que, singelamente, o do *livre mercado* (GRAU; FORGIONI, 2013, p. 1.808).

3 O direito dos consumidores na Constituição de 1988

Não apenas no tocante à Ordem Econômica (art. 170, V), mesmo bem antes, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, encontra-se posta a defesa do consumidor.

Sente-se que a Constituição foi tímida no dispor sobre a proteção dos consumidores. Estabeleceu que *o Estado proverá, na forma da lei, a defesa do consumidor* (art. 5º, XXII).

Realça de importância, contudo, sua inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugue-se isso com a consideração do art. 170, V, que eleva a *defesa do consumidor* à condição de princípio da ordem econômica (SILVA, 2018, p. 265).

O ingresso do Estatuto do Consumidor no direito brasileiro, a dar concreção ao enunciado do inciso XXXII do art. 5º da Constituição da República, mediante a edição da Lei 8.078/1990, transformou o Direito do Consumidor em ramo autônomo, regido por princípios peculiares que o afastam do direito comercial.

Esse direito foi-se consolidando a partir do reconhecimento de que, na ordem jurídica capitalista — e até mesmo para sua preservação —, o consumidor necessita de proteção, não sendo adequada sua submissão ao regramento aplicável aos mercados em geral. Nessa esteira, a Constituição de 1988 declarou que o Estado promoveria, ‘na forma da lei, a defesa do consumidor’ (art. 5º, XXXII) e que haveria a responsabilidade pelos danos a ele causados (art. 24, VIII). Além disso, a defesa do consumidor é um dos princípios orientadores da ordem econômica nos termos do art. 170, V.

Do ponto de vista do funcionamento do mercado, havemos de reconhecer que a proteção do consumidor significa *assegurar a manutenção da possibilidade de disputa entre os agentes econômicos* (FORGIONI, 2016, p. 155-156).

[...], temos que a proteção ao consumidor significa o incremento do fluxo de relações econômicas que, por sua vez, atua em prol do ‘interesse geral do comércio’. Mais do que isso: sem consumo não há mercado, pois não há sentido para a produção (FORGIONI, 2016, p. 155).

Releva, pois, neste ponto, observar que a defesa do consumidor, inserida no rol dos direitos e garantias individuais, encartado no art. 5º da Constituição da República, ao tempo em que fixou em patamar de dignidade a posição do cidadão que demanda produtos e serviços de sua conveniência e necessidade, também cumpre destacado papel na própria dinâmica do mercado, assegurada, em parte, pela “manutenção da possibilidade de disputa entre os agentes econômicos” (FORGIONI, 2016, p. 155).

A síntese da questão que envolve o mercado, livre e pautado na possibilidade do exercício da concorrência e o interesse constitucionalmente albergado da proteção aos consumidores, é assim entendida por Rizzato Nunes:

Ao estipular como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados ‘que estão regradados na Constituição e também nas normas infraconstitucionais’. Está, também, designando que o empreendedor tem de oferecer o melhor de sua exploração, independentemente de atingir ou não os direitos do consumidor (NUNES, 2013, p. 810).

Livre mercado que revela, em seus elementos básicos empreendedores/fornecedores de um lado e, de outro, os consumidores, de reconhecida vulnerabilidade, visto que alijados do processo produtivo, unilateralmente definido e imposto pelos fornecedores.

Ainda com Rizzato Nunes:

O reconhecimento da fragilidade do consumidor no mercado está ligado à hipossuficiência técnica: [...]. É por isso que, quando chegamos ao CDC, há uma ampla proteção ao consumidor com o reconhecimento de sua vulnerabilidade (no art. 4º, I) e como decorrência direta do estabelecido no inciso V do art. 170, assim como do inciso XXXII do art. 5º (NUNES, 2013, p. 1.810).

4 O Direito dos consumidores: das primeiras manifestações até o Código de Defesa do Consumidor

Os quase 30 anos de vigência do CDC (Lei 8.078/1990), que receberam impulso definitivo na Constituição de 88, foram precedidos de lenta evolução, sobretudo de natureza doutrinária e jurisprudencial, conforme o registro atento de Paula Forgioni (2016).

A pioneira manifestação é atribuída a Fábio Konder Comparato, em 1974, com a obra: “A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico”. Do ponto de vista legal, a

presença, há muito, de normas de proteção à economia popular, apresenta esboço de tutela consumerista, sem configurar, contudo, microsistema jurídico de que são exemplos as Leis nº 1.521 e 1.522, ambas de 1951.⁴

Progressivamente, passou-se a admitir a necessidade de disciplina especial para esse aspecto do comércio, aumentando, assim, a confiança dos consumidores em favor do tráfico mercantil.

Assim é que,

Dando concreção ao disposto no art. 5º, XXXII da Constituição do Brasil, bem como ao comando do art. 170, V, entra em vigor a Lei 8.078, introduzindo o Código de Defesa do Consumidor.

A partir de então, os contratos estabelecidos entre empresas e consumidores passam a se sujeitar ao sistema consumerista, regidos por princípios peculiares, diversos daqueles do direito mercantil. Reconhece-se a existência do direito do consumidor dotado de estrutura [que] gira em torno de um núcleo particular – uniforme e coerente – que lhe dá um regime especial com princípios, institutos, conceitos, instrumentos e método de interpretação próprios (FORGIONI, 2016, p. 169-170).

5 Código de Defesa do Consumidor e pessoa jurídica consumidora

O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor tem a seguinte dicção: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Ausente qualquer esforço hermenêutico para além da literalidade da norma, indene de dúvida a possibilidade de a pessoa jurídica

⁴ Lei nº 1.521 – crimes contra a economia popular e Lei nº 1.522 – assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

figurar em relação consumerista, na qualidade de consumidora, qualquer que seja a forma assumida, se sociedade empresária ou não, grande companhia ou microempresa, associação ou fundação.

De lembrar, por pertinente ao tema, a possibilidade de as pessoas jurídicas serem titulares de direitos fundamentais:

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que as pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as consequências dos princípios da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade do domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Os direitos fundamentais à honra e à imagem, ensejando pretensão de reparação pecuniária, também podem ser titularizados pela pessoa jurídica. O tema é objeto de Súmula do STJ, que assenta a inteligência de que também a pessoa jurídica pode ser vítima de ato hostil a sua honra objetiva. A Súmula 227/STJ consolida o entendimento de que ‘a pessoa jurídica pode sofrer dano moral’ (GONET BRANCO, 2016, p. 169-170).

A presente reflexão, limitada por seu objeto, não se estende a considerações de ordem doutrinária sobre questões relacionadas à configuração da pessoa jurídica consumidora.

Cinge-se ao registro de alguma evolução jurisprudencial sobre o tema, que, distante de pacificação, aponta caminhos que se consolidam pelo reconhecimento, crescente, diga-se, de que a *pessoa jurídica* e *destinatário final* não são expressões autoexcludentes, na medida em que nem sempre figurará aquela como intermediária em determinado ciclo de produção.

Ultrapassadas circunstâncias reconhecidamente menores, pretensamente impeditivas da titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas, o ponto fulcral está em identificar esse aspecto verdadeiramente mutante da pessoa jurídica nas relações consumeristas, às vezes ocupante do posto de produtor de insumos, outras alojada na ponta da cadeia de produção (consumo), de tal modo que devem ser afastadas hipóteses pré-concebidas e estáticas de situação de pessoa jurídica em ambiente de relações de consumo, revelando-se, dessa forma, prudente, quando não indispensável, a identificação no exame caso a caso.

Esse o esforço da jurisprudência pátria.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio de voto do Ministro Luís Felipe Salomão,⁵ deixou assentado sob ementa que:

É sempre a situação do caso em concreto que será hábil a demonstrar se existe ou não relação de consumo, sendo emprego final do produto determinante para conferir à pessoa jurídica a qualidade de consumidora, tendo como parâmetro, além da utilização de insumo imprescindível à atividade, também a sua vulnerabilidade (grifo nosso).

No corpo do voto, afirmou:

Nesse passo esta Corte Superior, interpretando o dispositivo em comento⁶ reconhece que essa qualidade é obtida mediante aplicação da teoria finalista, pela qual, num viés restritivo, considera consumidor final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.⁷

⁵ REsp nº 1.176.019/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, quarta turma, j. em 20/10/2015, DJe de 17/11/2015. No caso, uma transportadora ajuizou ação ressarcitória em face de companhia seguradora cujo contrato previa proteção da carga transportada pertencente a terceiro.

⁶ Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/1990.

⁷ REsp nº 1.176.019/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 20/10/2015, DJe de 17/11/2015.

Mais adiante, assevera:

É bem de ver, ainda, que a jurisprudência vem alargando o campo de incidência da legislação consumerista com a adoção da teoria finalista, sem atentar, em muitas situações, para a análise do critério de vulnerabilidade da parte.

Assim, a meu sentir, a caracterização do consumidor deve partir da premissa de ser a pessoa jurídica destinatária final do produto ou serviço, sem deixar de ser apreciada a questão da vulnerabilidade.⁸

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem sendo consolidada no sentido da admissão da possibilidade de mitigação da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nos casos em que a parte não se mostra como destinatária final do produto ou do serviço, de que são exemplos os seguintes casos: AgRg no AgREsp 601.234/DF - Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze; AgREsp 588.646/SP - Rel. Min.^a Maria Isabel Gallotti (decisão monocrática); RE 1.500994/RS - Rel. Min. Moura Ribeiro (decisão monocrática) (MARQUES; BESSA; MIRAGEM, 2017).

Assim, o campo de incidência da norma protetiva na relação de consumo, quanto à pessoa jurídica consumidora, pode ser assim delineado:

a) Na condição de destinatário final, isto é, que ultima a atividade econômica, retirando de circulação do mercado bem ou serviço para a finalidade de consumo, sem reutilização ou reingresso dele no processo produtivo. *Relação de consumo* (final) não se confunde com *relação de insumo* (intermediário).⁹ Assim, destinatário final é aquele que retira o bem do merca-

⁸ REsp n° 1.176.019/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 20/10/2015, *DJe* de 17/11/2015.

⁹ REsp n° 1.321.614/SP - Relator para acórdão: Min. Ricardo Vilas Boas Cueva - *DJe* de 3/3/2015.

do de consumo e encerra a cadeia de produção, exaurindo sua função econômica para satisfação de interesse próprio;¹⁰

b) Na presença de situação jurídica de vulnerabilidade econômica em relação ao fornecedor, na esteira de entendimento consagrado pelo STJ, ao cancelar a incidência da lei consumerista em situações nas quais, a despeito de aquisição de produto ou serviço no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente a outra.¹¹

6 Conclusão

Os pilares da Ordem Econômica na Constituição do Brasil, consistentes em livre iniciativa e propriedade privada, dentre outros, são balizados pela função social dessa mesma propriedade e pela valorização do trabalho humano, todos voltados à promoção do princípio da dignidade da pessoa humana.

A proteção aos direitos do consumidor, inserida em campo reservado aos direitos e garantias individuais, e também integrante da ordem econômica constitucionalmente estabelecida, projetou a matéria em estágio reconhecidamente pioneiro no trato de questões antes disciplinadas apenas nas regras contratuais, guardiãs de igualdade meramente formal entre as partes contratantes, estendendo a possibilidade de tratamento legal voltado ao estabelecimento de equilíbrio de

¹⁰ REsp nº 1.176.019/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 20/10/2015, *DJe* de 17/11/2015.

¹¹ RMS nº 27.502/BA - Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi - *DJe* de 23/9/2009. “Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível como o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada pelo fornecedor a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica”.

forças tendo, por destinatário, não apenas o consumidor, pessoa física, como também as pessoas jurídicas que, sempre no exame caso a caso, revelem eventual situação de vulnerabilidade.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Rio de Janeiro/RJ, 26 dez. 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCiViL_03/Leis/L1521.htm>. Acesso em: 5 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 1.522, de 26 de dezembro de 1951. Autoriza o Governo Federal a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Rio de Janeiro/RJ, 26 dez. 1951. - Revogada pela Lei Delegada nº 4, de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/11522.htm>. Acesso em: 5 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078/1990, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília/DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 5 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.176.019/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 20/10/2015, *DJe* de 17/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.321.614/SP, Relator para acórdão: Min. Ricardo Vilas Boas Cueva, j. em 16/12/2014, *DJe* de 3/3/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 27.502/BA. Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi - *DJe* de 23/9/2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional positivo*. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. Dos princípios gerais da atividade econômica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; MIRAGEM, Bruno (Coord.). *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito do consumidor I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

NUNES, Rizzatto. Art. 170, V - defesa do consumidor. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Art. 170, IV - Livre concorrência. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed. rev. e atual./até a Emenda Constitucional nº 99, de 14/12/2017. São Paulo: Malheiros, 2018.

“Foram 341 sessões plenárias, 1.021 votações, 2.400 horas de discursos, 15 mil pronunciamentos e 66 mil emendas. Aconteceu de tudo: brigas, emoção, agressões, risos e lágrimas. Vinte meses depois de instalados os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, o Brasil ganha nova Constituição. A sétima, desde 1824. E com revisão marcada para daqui a cinco anos.”

O Estado de São Paulo: Constituição (edição histórica)

São Paulo, 5 de outubro de 1988.



Pá - tria a - ma - da, Bra - sil!

Contributo para a reintegração do enunciado constitucional proclamado pelo art. 52, parágrafo único, da Constituição da República: o *impeachment* e a impropriedade do fatiamento senatorial

Nicolau Lupianhes Neto

Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Franca (UNIFRAN) 2003;
Doutor pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP) 2018;
Magistrado de carreira no Estado de Minas Gerais (1996).

1 A Constituição jurídica como “pedaço de papel” e a Constituição jurídica como força normativa — a necessária valorização da Constituição brasileira

Intitula-se assim a questão que se quer laborada aqui, capitulando-se o trato relativo à Constituição a partir do ponto de vista doutrinário de Ferdinand de Lassalle (2001) e Konrad Hesse (2010), mais propriamente dito, a partir de suas obras, *A essência da Constituição* e *A força normativa da Constituição*, respectivamente, de modo a podermos vislumbrar, assim abalizados, o intérprete inscrito do texto constitucional brasileiro a partir da leitura que se lhe fez o Senado Federal,

em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Levandowski, quando do julgamento do *impeachment* da presidente Dilma, dado o fatiamento do art. 52, parágrafo único, da Constituição da República, que lhe promoveu, a partir da condenação à perda do cargo, absolvendo-a, quanto à inabilitação, por oito anos, a pretensão de candidatar-se ao Senado, quando veio a ter seu registro de candidatura julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Embora deferido sob a égide do voto de Minerva, o registro, da forma como se o tem, impõe o mal-estar ético que ora se conforma ante a justificativa da Ministra Rosa Weber – no momento em que reagiu pela negação da concessão de medida liminar exarada nos Mandados de Segurança apresentados contra o *decisum* senatorial, fundando sua convicção sobre “a não demonstração do perigo da demora, consistente no risco de frustração da eficácia do pedido deduzido na ação”, esta que da Razão já nada reverbera e deu a configurar a lide que se distende no tempo.

O assombro doutrinário e jurisprudencial conformado abaliza-se nos termos que se lhe pôs o Ministro Celso de Mello:

[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal jamais tolerou que a invocação do caráter político das resoluções tomadas pela Casas Legislativas pudesse configurar [...] manto protetor de comportamentos abusivos ou arbitrários, praticados à margem da Constituição.

Pois, a rechaçar toda explicação que se não justifica, a doutrina se antecipa.

Pois bem, em conferência pronunciada para intelectuais e operários da antiga Prússia, em 1862, o jurista prussiano Ferdinand de Lassalle anotou que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, e assim parametrizou sua tese fundando bases na realidade confirmada pela história constitucional, a que revelava que o poder da força põe-se superior à força das normas ju-

rídicas, quando a normatividade submete-se à realidade fática, com a Constituição se expressando através da correlação das relações de poder dominantes na sociedade. Ora, quando Lassalle diferenciou “Constituição Real” de “Constituição Jurídica”, fê-lo, exatamente, no relevo de a capacidade de regulação adequar-se à realidade, sendo que, acaso houvesse conflito de compatibilidade, conseqüentemente, a Constituição Jurídica comportar-se-ia, simplesmente, como “um pedaço de papel”, extenuada diante dos fatores reais de poder dominantes, sob regras jurídicas incapazes de controlar as forças políticas e o movimento que elas promovem conforme suas próprias leis, dando a ver, entre a realidade e a norma, apenas a oposição de um limite hipotético.

Desse ponto de vista, apresenta-se a negação da Constituição jurídica. Ou seja, no caso de conflito entre a força política e a Constituição, o desfecho há de se verificar contra a Constituição escrita, esse “pedaço de papel” que sucumbirá diante dos fatores reais de poder dominantes no Estado. De outra feita, Konrad Hesse, ainda que respeitando a ideia de que existem mesmo poderes determinantes das relações fáticas, anota que, de toda forma, para além das forças políticas e sociais, há a pôr-se em voga a *força normativa* da Constituição (1959). Há de haver, então, um condicionamento recíproco entre norma e realidade, considerando-se o apontamento de Hesse quanto ao fato de a norma constitucional não ter existência autônoma em face da realidade, concretizando-se apenas quando aplicada a ela. Ora, de fato, não se há como duvidar que questões constitucionais não sejam, originariamente, questões jurídicas, e sim questões políticas, exurgindo a Constituição, então, como norma concretizável naquela realidade, mas, uma vez posta, tem-se que a pretensão de sua eficácia constitui nela elemento autônomo em relação a quaisquer condições, por mais que haja inscrita dependência da relação entre elas, uma vez que a Constituição não é apenas um reflexo das forças sociais e políticas, mas concreção efetiva em si mesma.

À expressão da realidade, do que é, há a vincular-se o dever ser, através do que a Constituição revela-se, ao mesmo tempo, tanto determinada pela realidade como determinante dela. Para uma Constituição ter eficácia, é preciso que se lhe vincule uma situação histórica e tenha seu ordenamento jurídico orientação racional, sob pena de tornar-se o Estado estéril, construído de forma, constitucionalmente, abstrata e teórica. A pura normatividade não sobrevive, como se infirma a eficácia das forças sociopolíticas e econômicas na condução da realidade sem ela, quando a potência condicionante da realidade e a normatividade efetiva da Constituição não de agregar-se para tanto, sem confundir-se, todavia.

Nesse ponto, coloca Hesse que os requisitos mais importantes para a eficácia de uma Constituição tanto se referem ao seu *conteúdo* como à sua *prática*. Nele tem-se que, quanto mais o conteúdo de uma Constituição corresponder à realidade, mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa, com a incorporação nela do estado espiritual do seu tempo, de tal modo que, enquanto a Constituição for adequada e justa, lhe será assegurado o apoio e a defesa da consciência geral. Dessa forma posta, para o desenvolvimento sustentável da Constituição, tem-se a considerar não só o seu conteúdo, mas também a sua colocação em prática, pelo que nos convola Konrad Hesse à fundamental vontade de Constituição. Antes de tudo o mais, põe por essencial respeitá-la e preservá-la, pontuando que a demonstração desse respeito acontece quando os indivíduos se mostram capazes de sacrificar interesses próprios em favor de um princípio constitucional, assegurando assim o fortalecimento não só da Constituição, mas do Estado, com a indispensável estabilidade de ambos.

O que se pode verificar em Konrad Hesse é a intenção de mostrar a força normativa da Constituição como algo eficaz e capaz de ser aplicável, criticando Lassalle na dimensão de seu convencimento quanto ao fato de a Constituição não ter valor jurídico, somente de-

monstrando a força de determinados grupos sociais e políticos no Estado. De seu lado, defende Hesse que somente uma Constituição marcada por valores históricos, espirituais, com padrões de razão e com a cooperação da vontade humana pode alcançar, com profundidade, a sua razão de ser, tudo sem descartar a presença dos fatores reais de poder, havendo a promover-se, então, um balanceamento harmônico entre estes e a força que a normatividade, efetivamente, possui.

Assim, a Constituição transforma-se em força ativa a partir da disposição cidadã de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, a partir da vontade de concretizar essa ordem. E conclui Hesse pela força normativa da Constituição, com a afirmação de que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional — não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

De todo modo, a estabilidade constitucional não imputa sua imutabilidade, quando há a se exigir, então, tomada a dicção hesseana, que a revisão dos aspectos constitucionais não se deem sem critério. Ademais, põe que a interpretação constitucional *in casu* assume significado decisivo para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição quando o intérprete se dá a concretizar o sentido do enunciado normativo dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Assim posto, resta diagnosticado em sede de fato a dar-se à análise, a partir dos parâmetros doutrinários em Hesse e Lassalle, que a Constituição da República Federativa do Brasil ora se nos apresenta, de um lado, como se pedaço de papel e, de outro, em sua força normativa, pleiteando por sua eficácia; de um lado, como se simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, das forças sociais e políticas que em

torno de si se põem, e, de outro, graças à sua pretensão de eficácia, contrapõe-se à vontade de poder como vontade transcendente do povo, na expectativa da vontade de Constituição pela promoção da ordem conformada a partir de uma realidade política e social.

Finalmente, ponha-se que, por mais que se pretenda entender o procedimento senatorial, a interpretação conclusiva pelo cabimento do deferimento do registro da candidata que teve seu mandato presidencial cassado, no enfrentamento do enunciado constitucional que adere à perda do mandato a inabilitação por oito anos, não encontra guarida sob a certeza de que a essência da Constituição, na rescendência de forças políticas, não suplanta a força normativa da carta constitucional. Nem sequer há como se dar a conhecer de forças políticas dispostas à interpretação que ora se promoveu. O exemplo que escancara a “essência da Constituição”, sob a pertinência como a declara Lassalle, a partir do jogo de forças políticas que dela questiona a força, um deles é o direito à educação — de qualidade e universal e responsabilidade de todos, família, Estado e sociedade — o que revela, ante os constrangimentos verificáveis, a presença de interesses conflitantes que obstaculizam sua efetivação plena quando, à sua essência, relevada aqui a presença de forças políticas e em respeito a elas, de todo modo, apresenta-se sua força normatizadora impondo, ainda que paulatinamente, a prevalência dos interesses sociais que, no percurso da história, se vêm confirmando e melhorando, paulatinamente, a educação.

(Abra-se aqui um parêntesis e de fato se o faça para anotar que, à simplicidade da definição de essência, não corresponde uma similar unanimidade nas maneiras de a interpretar como conceito, sendo bastante que se a diga como léxico a designar o ser independentemente de sua existência, mas em sua consistência ou quididade — o ser é sempre ser de um ente, como pontua Heidegger).

2 A força normativa essencial da Constituição da República ou a normação essente da vontade popular

Vejamos que, como afirma Salgado, a

Razão na história não se mostra diretamente sem esforço. Seu sentido está imerso em meio às contingências. O Estado não deixa de estar pela mesma forma sujeito a essas contingências que mascaram a sua verdadeira essência. A racionalidade que ele expressa é, muitas vezes, nas suas manifestações empíricas, encoberta pela violência, pelos privilégios, pela sujeição do interesse coletivo ao privado, pela irracionalidade, enfim. É necessário, para que se possa conhecer o Estado no seu conceito, isto é, como realização da liberdade, interpretar o momento histórico e assim interpretar e descobrir o significado desse hieróglifo da razão (*eine Hieroglyphe der Vernunft, die sich in der Wirklichkeit darstellt*), que só se decifra 'na medida em que nele se lê a ideia realizada na liberdade', pela qual a história não é um destino e o Estado o efeito abstrato de um determinismo, ou o instrumento de arbítrio contrário à liberdade, mas a superação dessas contingências pela autodeterminação objetiva do homem, segundo uma racionalidade imanente (SALGADO, 1996, p. 497).

Portanto, a essência da Constituição que se quer colocar aqui releva a força do Poder Constituinte no enfrentamento de todo poder que contra ele se inscreva porque imanente à própria norma constitucional predizer de uma racionalidade que a si se adianta a lhe exigir eficácia ao arrepio de toda paixão.

A teor do parágrafo único do art. 52 da Constituição Federal, tem-se que, durante o processamento do Presidente da República, por crimes cujo julgamento é de competência privativa do Senado Federal, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos daquela Casa legislativa, à perda do cargo, com ina-

bilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Objetivamente, tem-se por indubitável que o juízo do Senado Federal, ao ser exercido pela condenação, produz como consequências, tanto a condução do Presidente da República à perda do cargo como à inabilitação, por oito anos, para exercício de função pública. De todo modo, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, deu pela aplicabilidade do Regimento Interno do Senado Federal, permitindo o julgamento, em votações separadas, um pela perda do cargo e outro pela inabilitação, da então Presidente da República, promovendo o que se veio a denominar por “fatiamento do *impeachment*”.

O *error in procedendo*, da forma como se o tem conformado, deu-se em face do procedimento mesmo instaurado e em detrimento do parágrafo único do art. 52 da Constituição, aquebrantando-a através de força normativa débil, mas alçada há tanto por interpretação analógica do Regimento da Câmara de Deputados para dar a enxergar a “essência da Constituição” a partir do ponto de vista lassalleano a enfrentar sua “força normativa” propriamente dita em Hesse.

A celeuma posta entre essência e força, mais propriamente, entre as forças políticas e a força normativa, tomando-se a dicção de Lassalle e Hesse, respectivamente, está em compreender como se poderia “fatiar” dispositivo constitucional, este que “essencialmente” o querem fatiado, relevadas as forças políticas que ora desfraldam o mérito da decisão do Senado Federal para dizê-lo incólume de qualquer controle jurisdicional, quando nem ante a possibilidade regimental de votação de destaques nas deliberações do Senado, poder-se-ia admitir separada a votação da perda do cargo, com inabilitação, de Presidente condenado por crime de responsabilidade, em face da Constituição.

Ora, o descabimento do controle jurisdicional ali é, também, posto constitucionalmente, mas relativamente ao mérito, não a pro-

pósito do que se quer blindado quando escancarado, uma vez que os “destaques para votação em separado” não se deram em relação a qualquer proposição posta a sufrágio, mas relativamente à integridade da Constituição da República.

De fato, o Senado Federal é o juiz natural nos processos de *impeachment*, com legitimidade para dizer, ao final, se os fatos imputados ao Presidente configuram ou não crime de responsabilidade, a partir da tipificação que consta da parte da denúncia admitida e das provas da autoria. Esclarecido o parâmetro meritório da matéria privativa do Senado, como se não aperceber da presença de forças políticas entre os representantes majoritários dos estados-membros da federação brasileira intentando que este mérito, exatamente o que a Constituição se lhe atribui, portanto, dever-poder outorgado para proceder, “limitando-se a condenação”, seja o óbice para o julgamento quanto à correção ou não do processo de votação requerido pela defesa da Presidente, julgado e deferido pelo presidente do STF, ao arrepio do enunciado constitucional? Ora, invadir o mérito é fragilizar a decisão quanto à culpa e à inocência, à condenação e à absolvição determinada pelo Senado, que funciona mesmo como instância judiciária, o que nem sequer se insinua por demanda. Agora, dizer de mérito a parte do *decisum* que decidiu pelo “fatiamento”, no processo de votação, do parágrafo único do art. 52 para manter-se íntegra a afronta constitucional, não é argumento que encontre guarida sob o “manto intangível da coisa julgada”, seja hercúlea a força normativa da Constituição da República a enfrentar que sua verdadeira essência, então, decline sob a aparente rescendência de forças políticas. Com efeito, não há pena ofertada à aplicação discricionária do Senado nem sequer oferecida à dosimetria que professasse, na valoração dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O mérito restringe-se a condenar ou absolver, declarar inocência ou culpa, apenas, sob pena de apresentar-se mesmo a decisão senatorial senão como ato jurídico inexistente, por-

quanto a força normativa da Constituição, norma que prevalece sobre a essência que emana das forças políticas que articulam providências regimentais para a enfrentar, não admite que o Senado decida a pena, senão sobre aquela que, *in totum* — perda de mandato, com inabilitação — deva ser aplicada em face da condenação, inexoravelmente, seja de outro modo ofensa ao devido processo legal formal. Desse modo posto, tem-se que cabe ao Supremo Tribunal Federal, de toda maneira, reconhecendo a intangibilidade do mérito da decisão que condenou a Presidente pela prática do crime de responsabilidade, declarar que, constitucionalmente, temo-las indissociáveis, a pena de perda do cargo e de inabilitação, por oito anos, para o exercício de funções públicas.

3 O registro de candidatura ante a ausência de condição de elegibilidade preclara

Levando-se em consideração tudo quanto resta predito, tem-se que o cerne do mérito, submetido a julgamento pelo Tribunal Regional Eleitoral, a terminar pelo deferimento do registro de candidatura de Dilma Vana Rousseff, suscitou questionamentos que remanescem ante a manutenção da incolumidade da decisão senatorial em detrimento da Constituição da República.

De pronto, tem-se que ao legislador cabe a positivação dos direitos, mas ao Juiz cabe concretizar o significado dos enunciados constitucionais para julgar, a partir deles, a validade ou invalidade da obra do legislador, o que então se conformou no conflito estabelecido entre a Constituição e a Constituição, mais especificamente nela, entre seus art. 86 e art. 52, promovido pelos senadores da República, os que então se autorizaram a requalificar o significado do que se enunciava, constitucional e inquestionavelmente, e tendo assim procedido, em afronta ao art. 52, desfraldam a irrecorribilidade do *decisum* em face da consistência do art. 86, exatamente, porquanto assim se o proclama a mesma Constituição.

De fato, a compreensão relativamente à decisão do Senado Federal autorizar-se a realizar o “fatiamento” do julgamento — ao arrepio de comando constitucional — e que isso seria insuscetível de revisão judicial pelo Tribunal Regional Eleitoral, à guarida doutra norma, de nada reverbera seja o flanco entre argumentos que se não confundem. Ora, não se trata de pretender-se a realização de juízo de mérito sobre a ocorrência ou não dos fatos ou sobre a procedência ou não da acusação, como se se questionasse o Senado Federal como juiz constitucional dessa matéria, uma vez que tribunal de instância definitiva *in casu*. A decisão de mérito é insuscetível de reexame, é fato, não só pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, mas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como fosse pretender a Corte mineira tornar letra morta o art. 86 da Constituição Federal, o que atribui, não ao Supremo, mas ao Senado Federal, autorizado pela Câmara dos Deputados, a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, quando o que se tem é todo um elenco argumentativo pelo enfrentamento do descrédito promovido do art. 52, parágrafo único, da mesma Constituição da República, blindando-o de eficácia, do mesmo modo como há a blindar-se o art. 86, de maneira que, blindada a Carta Constitucional *in totum*, expõem-se os cidadãos que a enfrentam no percentual que queiram, mesmo aqueles que se assentam nas cadeiras do Senado Federal, porquanto isso a Carta Magna, em sua magnitude, não admite, queira-se ou não. Portanto, dizer que chamamento a disciplinar-se a regularidade do processamento como se deu, como se incursão indevida em matéria reservada ao domínio normativo de lei especial (Constituição da República, art. 85, parágrafo único) para dizer desse posicionamento que impróprio e inadequado, é dar-se a uma leitura superficial e frívola, tanto do propósito da intervenção judiciousa que se apresentou como da própria ocorrência em si do fato concreto ora exposto, o que nos lança nesse incômodo ético de saber, afinal e então, a qual parte da Constituição da República Federativa do

Brasil havemos de privilegiar em detrimento da outra, a que havemos de aceitar esfacelada.

De nosso lado, entendemos que há a preservar-se, na mesma medida, a integridade do art. 86 e do art. 52, ambos da Constituição Federal, não estejam franqueados, quaisquer deles, à assunção de pontos de vista que lhe maculem a integridade ou queiram que um suplante o outro. É insuscetível de revisão judicial a decisão do Senado Federal, como mais insuscetível de revisão senatorial a Constituição Federal, esta a que os senadores se autorizaram a promover ao arrepio de tudo que a Razão proclama, mesmo que se façam digressões intelectivas na providência da acolhida de toda afronta a serviço de pretensões outras que não as do povo brasileiro, pretensões estas que restam expostas como sua vontade de povo, sua vontade de Constituição. Assim dito, tem-se que o critério estabelecido para a revisão do art. 52, parágrafo único, da Constituição da República, foi o da interpretação constitucional que se lhe deu o Senado, dando-se o intérprete a concretizar, da essência da Constituição, as forças políticas que constrangeram dela sua força normativa.

Objetivamente, pôs-se diante da Corte Eleitoral de Minas Gerais não um registro de candidatura ou a inabilitação de um candidato por oito anos, mas a própria instituição do 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, exatamente como o preâmbulo apresenta os representantes do povo quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, o que tanto nos incita como nos avexa, nos promove como nos responsabiliza, nos desafia como nos apavora, tanto ainda haja a fazer pela coerência preambular de um povo que sua Carta Magna apresenta.

4 O caso Dilma: a concreção essencial do enfrentamento da força normativa da Constituição

Exarou o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, quando do julgamento de Dilma Rousseff pelo Senado Federal, o seguinte *decisum*:

Queria dizer a V. Ex^{as} que o Presidente, após a formulação do destaque, preparou dois modelos de sentença. A sentença é longa, incorpora o relatório. A parte da fundamentação compreende os argumentos da acusação e da defesa. Lerei apenas a parte dispositiva. Ao encerrar a leitura, convido, como é determinação legal, todas as senadoras e senadores a assinarem a sentença que ficará aqui, sobre a mesa. Passo à leitura.

O Senado Federal entendeu que a senhora Presidente da República Dilma Vana Rousseff cometeu os crimes de responsabilidade, consistentes em contratar operações de crédito com instituição financeira controlada pela União e editar decretos de crédito suplementar sem autorização do Congresso Nacional, previstos no art. 85, inciso VI, e art. 167, inciso V, da Constituição Federal, bem como no art. 10, itens 4, 6 e 7, e art. 11, itens 2 e 3, da Lei nº 1.079, de 10 abril de 1950, por 61 votos, havendo sido registrados 20 votos contrários e nenhuma abstenção, ficando assim a acusada condenada à perda do cargo de Presidente da República Federativa do Brasil.

Em votação subsequente, o Senado Federal decidiu afastar a pena de inabilitação para o exercício de cargo público, em virtude de não se ter obtido nesta votação dois terços dos votos constitucionalmente previstos, tendo-se verificado 42 votos favoráveis à aplicação da pena, 36 contrários e 3 abstenções.

Esta sentença, lavrada nos autos do processo, constará de resolução do Senado Federal, será assinada — a sentença — por mim e pelos senhores senadores que funcionaram como juízes, transcrita na ata da sessão e, dentro desta, publicada no *Diário Oficial da União*, no *Diário do Congresso Nacional*, segundo o art. 35 da Lei nº 1.079, e no *Diário do Senado Federal*.

Tal decisão encerra formalmente o processo de *impeachment* instaurado contra a Presidente da República no Senado Federal, no dia 12 de maio de 2016.

Façam-se as comunicações ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República em exercício, aos Exm.^{os} Srs. Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e à Exma. Sr.^a Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, 31 de agosto de 2016. Assino a sentença.

Senhoras senadoras, senhores senadores, passo à leitura da resolução assinada pelo Exm.^o Sr. Presidente do Senado Federal: Faço saber que o Senado Federal julgou, nos termos do art. 86, *in fine*, da Constituição Federal, e eu, Renan Calheiros, Presidente, promulgo a seguinte resolução: Resolução nº 35, de 2016. O Senado Federal resolve:

Art. 1º É julgada procedente a denúncia por crime de responsabilidade previsto nos art. 85, inciso VI, e art. 167, inciso V, da Constituição Federal; art. 10, incisos IV, VI e VII, e art. 11, itens 2 e 3, da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950;

Art. 2º Em consequência do disposto no artigo anterior, é imposta à Sr.^a Dilma Vana Rousseff, nos termos do art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal, a sanção de perda do cargo de Presidente da República, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis, nos termos da sentença lavrada nos autos da Denúncia nº 1, de 2016, que passa a fazer parte desta Resolução. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, 31 de agosto de 2016.

Senador Renan Calheiros, Presidente do Senado Federal.

A partir da sentença que se nos apresentou, na dicção transcendente do Poder, na nuance de seu Judiciário, representada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, seguidamente, tornada resolução sob a égide, também, do Poder, já na nuance de seu Legislativo, representada pelo Presidente do Senado Federal, inscreveu-se, objetivamente, a partir do caso concreto em análise no Tribunal Regional Eleitoral, seja o mirante constitucional apostado, o ponto de vista, também, do Poder, agora na nuance do Povo, o Poder Constituinte pela proclamação de sua vontade.

Pois bem, a hermenêutica legislativa que se quer adotada, a uma, enfrenta o art. 52, parágrafo único, da Constituição da República, que proclama, como competência privativa do Senado Federal, processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, nos seguintes termos:

[...]

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Limitada a condenação à perda do cargo com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis e enxutas as forças políticas, ainda que a nuance do Poder Executivo se tenha apresentado aos demais para julgamento e por ambos tenha sido condenado, representado, então, pela Presidente Dilma Rousseff, ora candidata ao Senado Federal, de fato tem-se que entenderam os poderes, em todas as suas nuances, ao arrepio do Poder Constituinte, impactado como norma constitucional e proclame da vontade do povo, de forçar uma interpretação porque impossível a leitura da norma escrita como se a fomentou.

5 Perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública

Ora, destaca-se a perda do cargo COM inabilitação, porquanto traga, sob a égide da preposição “COM”, a designação do adjunto restritivo de conteúdo, INABILITAÇÃO por oito anos, para o exercício de função pública. A cumulação das sanções é evidente.

A diretriz constitucional resta posta independentemente da somatória de poderes que a enfrentam, quando a força normativa da Constituição requer a afixação de preceitos jurídicos e doutrinários, resistentes ao próprio abalo na segurança jurídica como um todo, com a predominância do fator político, a destoar cidadãos na providência de resoluções particularizadas e direcionamento de julgamento, tão subjetivado quanto não o admita o ordenamento jurídico ou a própria Constituição no esteio do princípio da igualdade. Certo é que cada caso é um caso, mas nenhum caso será tão único que nunca mais dele se aproveite a jurisprudência.

A força normativa da Constituição, a que dá a ela eficácia e efetividade, está nela mesma, independentemente das fontes reais de poder que a nós se nos apresenta à sua interpretação, e a vontade constitucional é incólume às vontades psicológicas que a pretendem outra, porque o Poder Constitucional é único e principal. Nesse diapasão, a efetividade constitucional do art. 52, parágrafo único, da Constituição da República impõe que se reconheça a ausência da condição de elegibilidade da candidata Dilma Rousseff.

E isso na dicção do Min. do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, aposto enquanto entendimento, em seu *Direito Constitucional*, 32ª edição, São Paulo, Atlas, 2016, p. 768: “A Constituição prevê, em seu art. 52, parágrafo único, as duas sanções autônomas e cumulativas a serem aplicadas na hipótese de condenação por crime de responsabilidade: perda do cargo e inabilitação, por oito anos, para o exercício da função pública”.

Sanções cumulativas, portanto, perda do cargo e inabilitação, por oito anos, para o exercício da função pública.

Da mesma forma, o convencimento do Min. do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em seu *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 969: “O art. 52, parágrafo único, fixa duas penas: a) perda do cargo; b) inabilitação, por oito anos, para o exercício da função pública”.

Portanto, tem-se que a inabilitação não é pena acessória, mas tão principal quanto a primeira, intentando, por defluxo de cumulação, em face da perda do cargo, impedir o exercício de quem foi afastado em face de condenação por comprovada prática de crime de responsabilidade, para dizer-lhe imprestável para o exercício, também, de quaisquer outras funções públicas.

Respeitosa, portanto, há de ser o trato com a norma constitucional dado que “a inabilitação decorre necessariamente da pena de perda do cargo, pois o sistema atual não comporta apreciação quanto, a saber, se cabe ou não cabe a inabilitação” (AFONSO DA SILVA, 2013, p. 554), exatamente, como fez o Senado Federal ao arrepio de tudo quanto a Razão prediz, jurisprudencial e doutrinariamente.

E, historicamente, dir-se-ia ainda. Ora, o Min. Ricardo Lewandowski anotou mesmo que os senadores funcionaram como juízes, mas isso não os tornou juízes, dada a exigência de isenção e afastamento relativamente às partes que a judicatura exige na prolação de qualquer *decisum*, sob o constrangimento que aos juízes se lhes adianta, em sede de suspeição ou impedimento que deles se espera revelado. E isso é o que torna possível o assentamento jurisprudencial, sem assunção tendenciosa de qualquer posicionamento, aquele que, *in casu*, o próprio Supremo abalizou para si mesmo quando do *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello, para dar a mais alta Corte deste país parâmetro de convencimento e segurança jurídica. O julgamento do MS nº 21.689/DF, de relatoria do Min. Carlos Velloso, julgado aos 16 de dezembro de 1993, impetrado após a condenação de 29/12/1992, para discutir se indevida ou não a inabilitação para exercício de funções públicas, tenha alegado o impugnado que, ao renunciar ao mandato presidencial na data de seu julgamento, este deveria ter sido encerrado, por ter ocorrido a perda do objeto processual, quando teve do Pleno do STF a seguinte decisão: “não é possível a aplicação

da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade”, pelo que o fato de o detentor do Cargo de Chefe do Executivo ter renunciado em momento pretérito ao do julgamento do processo de *impeachment* não afasta a condenação imposta pelo parágrafo único do art. 52 da CF/88.

Como bem releva o Presidente da República, Michel Temer, em seu *Elementos de Direito Constitucional*, 22ª edição, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 169: “Assim, porque responsabilizado, o Presidente não só perde o cargo como deve afastar-se da vida pública, durante oito anos, para ‘corrigir-se’, e só então pode a ela retornar”.

A tanto amparam as palavras do Ministro do STF, Celso de Mello, sob os auspícios da mesma certeza:

[...] há uma única sanção constitucionalmente estabelecida: a de desqualificação funcional, que compreende, na abrangência do seu conteúdo, a destituição do cargo com a inabilitação temporária. A unidade constitucional da sanção prevista torna-a indecomponível, incidível, impedindo, dessa forma, que se dispense tratamento jurídico autônomo às projeções punitivas que dimanam da condenação senatorial.

Ademais, se insurge ao constrangimento a consciência comunicada do Min. Luís Roberto Barroso: “Um país que vai mudando sua jurisprudência em função do réu não é um Estado democrático de direito, mas um Estado de compadrio”.

Compondo a Corte eleitoral de Minas Gerais, ante o estiramento da “força normativa da Constituição” e sua essência, considerada independentemente de sua existência, entendi de relevar a Justiça, aristotelicamente, como distribuição igual de liberdade, na contrição igual dos arbítrios de todo cidadão brasileiro, qualquer que seja ele, reconhecendo a decisão do Senado Federal na medida de sua juridicidade e dada a apresentação dela pelo Min. Ricardo Lewandowski,

chamado ali pela própria Constituição como Presidente do Supremo, mas da sentença não reconheci o que a pudesse respaldar, quando a hermenêutica traz como texto constitucional à compreensão que, tenha podido o Senado tudo, só não podia, como não pode, tomada a limitação constitucional posta — “limitando-se a condenação”, prediz o art. 52, parágrafo único, da Constituição da República — condenar a Presidente da República “à perda do cargo, *com inabilitação*, por oito anos, para o exercício de função pública”.

Pois entendi que adentrou o Poder Legislativo em seara que refoge a seu pertencimento e recompôs limites constitucionais de uma apenação constitucionalmente cantada e decantada, o que lhe está desautorizado, como estão quaisquer outros, inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal.

Por tanto, não reconheci a condição de elegibilidade da candidata ao Senado Federal, por Minas Gerais, Dilma Vana Rousseff, inelegível por oito anos, em face do comprovado cometimento de crime de responsabilidade, sob a égide do parágrafo único do art. 52 da Constituição da República, que a ela determina como condenação, para além da perda do cargo, inarredavelmente, sua inabilitação para o exercício de qualquer função pública durante o referido parâmetro temporal.

Como o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais detém a competência originária para o julgamento das condições de elegibilidade dos candidatos que se inscrevem ao Senado Federal por Minas Gerais e como a pena de inabilitação diverge da suspensão dos direitos políticos, porquanto afete apenas a legitimidade eleitoral passiva e a pretensão do inabilitado quanto à ocupação de toda função pública, postei-me procedente à impugnação proposta e, em razão do não atendimento às condições de elegibilidade, posicionei-me pelo indeferimento do referido registro de candidatura.

6 O rei está nu ou a empulhação da veste mágica dada a efemeridade da essência

Não se há como questionar a previsão constitucional acerca da cumulação das duas sanções aplicáveis ao Presidente da República condenado por crime de responsabilidade pelo Senado Federal.

O mal-estar ético que ora se conforma ante o caso em concreto acerca do *impeachment* da então Presidente da República dá-se exatamente no vislumbre do enfrentamento da força normativa da Constituição pela essência que se quer dela a partir desse assombro ante uma interpretação absolutamente contrária ao texto constitucional, na confecção de uma decisão eivada do vício da inconstitucionalidade.

O Poder constituinte originário de 1988 elaborou a vigente carta constitucional e apresentou por incólume o enunciado que prescreveu para o Presidente da República, condenado em processo de *impeachment*, a perda do cargo e sua inabilitação automática para o exercício de função pública por oito anos.

A providência de abalizamento legal fulcrado sobre a Lei nº 1.079, a que define os crimes de responsabilidade e regulamenta o processo de *impeachment*, sancionada em 10 de abril de 1950, não se presta a fazê-lo, a uma porque anterior à atual Constituição, quando a previsão disposta em seu art. 68 — o Presidente do julgamento do *impeachment* fará inicialmente a pergunta se o acusado cometeu o crime de responsabilidade a ele imputado e se deve ser condenado à perda do cargo; seguidamente, tendo obtido a resposta positiva ao referido quesito, por pelo menos dois terços dos votos, fará novamente ao Presidente outro questionamento acerca da inabilitação ou não para o exercício de função pública pelo tempo não excedente a cinco anos — não enfrenta o entendimento suscitado a partir do proclame de que — art. 2º da Lei de Introdução às normas de Direito brasileiro: “*Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.*”

A Lei nº 1.079/1950 foi sancionada antes da Constituição Federal de 1988, pelo que não restou recepcionada quando de sua promulgação, revogando-se não só quanto ao tempo de inabilitação para o exercício da função pública — o que já a expõe revogada de pronto — como também no que se refere à bipartição dos quesitos.

Sabe-se que *todas as normas que antecederem a Constituição e que com ela forem incompatíveis serão revogadas, por ausência de recepção.*

O constituinte originário de 1988 estatuiu que, com o julgamento procedente pela prática do crime de responsabilidade, estabelecer-se-á o *impeachment* do Presidente da República, com a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública por oito anos, consequência em bloco.

A impossibilidade jurídica de aplicação apenas da pena de perda do cargo ao Presidente da República condenado em processo de *impeachment* firmou-se em sede de jurisprudência, desde 16/12/1993, mais propriamente em face do STF (MS nº 21689/DF, Relator: Carlos Velloso, Tribunal Pleno, p. em *DJ* 7/4/1995), ficando preclaro que, “no sistema atual, da Lei 1.079, de 1950, não é possível a aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade” (C.F., 1934, art. 58, § 7º; C.F., 1946, art. 62, § 3º, C.F., 1967, art. 44, parágrafo único; EC nº 1/69, art. 42, parágrafo único; C.F., 1988, art. 52, parágrafo único. Lei nº 1.079, de 1950, art. 2º, 31, 33 e 34). (V. - A existência, no *impeachment* brasileiro, segundo a Constituição e o direito comum (C.F., 1988, art. 52, parágrafo único; Lei nº 1.079, de 1950, art. 2º, 33 e 34), de duas penas: a) perda do cargo; b) inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública).

A terminar o artigo, apenas, diga-se que o Poder Constituinte, querendo ver reverberado o que deu a dizer o povo através da Constituição da República, a propósito do que o enunciado do art. 52, parágrafo único, proclama, com a devida adequação metafórica na reali-

zação da paráfrase que o conto de Hans Christian Andersen autoriza, apenas declara: o rei está nu! E desnudo, seja a volatilidade da essência ante a força normativa da Constituição da República, expõe-se à intervenção judicial para a constrição de forças políticas que se apresentaram com alguma consistência. Mas nada há a enfrentar o entendimento sedimentado em sede de doutrina e jurisprudência a comunicar, seja a dicção de Gilmar Mendes quando da tradução que promoveu d'*A força normativa da Constituição*, de Konrad Hesse, com o seguinte teor: “Fazemos votos que a reflexão sobre as teses desenvolvidas por Hesse possa contribuir para uma fecunda discussão, entre nós, sobre o significado e o valor da Constituição e sobre a necessidade de preservar a sua força normativa”.

Desse modo posto, a veste mágica tecida a partir do mérito da decisão senatorial que se quer pôr, para dizê-la decente, não resiste ao entendimento sedimentado em sede de doutrina e jurisprudência. Não estamos enganados. O rei está nu, o rei está nu, o rei está nu!

7 Conclusão

1º) Expõe-se à inconstitucionalidade o fatiamento dos quesitos pertinentes ao processo de *impeachment* da então Presidente da República, Dilma Rousseff, quando o texto constitucional se ressentiu vilipendiado por normas infraconstitucionais desfraldadas no enfrentamento de procedimento que nela não encontra respaldo, senão para sua revogação. Ao fatiamento a Constituição Federal de 1988 não o previu e não o autorizou, prescrevendo a perda do cargo, com inabilitação para o exercício da função pública, pelo prazo de oito anos. A bipartição dos quesitos, pela decisão do Senado Federal, que julgou o *impeachment*, é uma afronta ao texto constitucional, tornando letra morta a parte final do parágrafo único do art. 52 da CF de 1988, no tocante à inabilitação para o exercício de função pública.

2ª) Como reação à decomposição constitucional verificada em sua força normativa a partir da conformação de forças políticas que querem dela rescender enquanto essência, suscita-se a crivagem de limites para a atuação dos representantes dos poderes, porquanto comprometida a integridade da Constituição da República, a partir deles mesmos no desconhecimento dessa pertença comunitária de cidadania.

3ª) Ante a comprovada afronta ao enunciado constitucional, ao querer racional conformado na manifestação volitiva transcendental do povo, parametrizada pelo dever ser e a prevalência do interesse social sobre o interesse individual, entendeu-se a necessidade de se fortalecer a normação constitucional de modo a obstaculizarem-se interpretações que a venham relativizar.

4ª) O Poder Constituinte, o que pertence aos cidadãos brasileiros num todo, autoriza a coletividade uníssona a ascender o povo à categoria de sujeito de cidadania, portanto, sujeito de direitos a ela inerentes, quando o plúrimo se unifica rogando pela compreensão de sua vontade de povo, sua vontade de Constituição que a si lhe deve ser reconhecida e protegida.

5ª) A exata dimensão do fato ocorrido está a exigir providências legais em face da demanda ética que se conforma. Promoveu-se uma agressão à Constituição e, em contrapartida, tal provocação requer solução judiciousa, seja esta ameaça à força normativa da Constituição pelo que nem sequer se lhe possa dizer essencial, mesmo que da essência da Constituição forças políticas se inscrevam a seu menoscabo.

6ª) A agregação desse desvalor expressivo que se quer imputar à Constituição da República enreda-se pela retaliação da integridade de seu texto para dizer morta a letra da lei inscrita no parágrafo único do art. 52.

7ª) Urge seja promovida uma proteção suficiente à Carta Magna, concebendo meios de tutelar sua reintegração, esteja conforme tudo que nela se proclama como pórtico para a afirmação do Poder Constituinte, no enlevo da vontade do povo relativamente a quaisquer outras vontades.

8ª) Assim, a partir da Constituição da República, na qual necessariamente estão explicitados todos os elementos integrantes do ajuste de vontades do povo, o Presidente da República cassado em virtude da prática de crime de responsabilidade será apenado com perda de mandato e inabilitação por oito anos para o exercício de função pública.

9ª) Houve comprometimento da outorga constitucional propriamente dita dada aos senadores da República por eles mesmos, uma vez que promoveram um procedimento desconforme e ao arrepio de tudo quanto a Constituição prediz.

10ª) A fechar este conclusivo número capitular, cumpre-nos, pela medida do direito que se tenta promovido, demonstrar o comprometimento da cidadania fundada na Constituição da República Federativa do Brasil e na vontade do povo, que ora se degenera em vontade de particulares, pelo que a Justiça como estrutura judiciária precisa compreender seu fundamento na Justiça como distribuição igual de liberdade, na constrição igual dos arbítrios, e possa pacificamente promover a restauração do artigo constitucional, em toda extensão que tem e na dimensão coesa com que a Carta Magna o apresenta.

Referências

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010.

LASSALLE, Ferdinand de. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2001.

LUPIANHES, Nicolau. Voto divergente. Registro de Candidatura nº 0602388-25.2018.6.13.0000. Belo Horizonte – MG, Relator: Juiz Ricardo Matos de Oliveira.

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

“

Entre manifestações de júbilo, aplausos e emocionados discursos, foi inaugurada, ontem, a oitava República. Promulgada a nova Constituição com um plenário do Congresso em festa, ficaram as palavras de Ulysses Guimarães, empunhando a nova Carta: ‘O documento da liberdade, justiça social e democracia. Que Deus nos ajude para que isso se cumpra’.”

Correio de Notícias

Curitiba, 6 de outubro de 1988.



Fundamentação como condição da decisão judicial, uma garantia constitucional e conquista da democracia

Ramom Tácio de Oliveira

Desembargador do TJMG; Mestre e Doutor em Direito Público (PUC/MG);
Professor Universitário; Aprovado em Concurso para Juiz Federal;
Ex-Promotor de Justiça; Ex-Delegado de Polícia;
Autor de artigos e obras jurídicas.

1 Introdução

O tema “Fundamentação como condição da decisão judicial, uma garantia constitucional e conquista da democracia” foi concebido, substancialmente, a partir das contribuições de Hans Georg Gadamer, filósofo alemão que mudou a direção da teoria da interpretação, desde o instante em que anunciou que o texto precisaria do intérprete para ter vida (virada hermenêutica).

Em um recortado estado da arte, o homem teria a capacidade para alcançar o real (a verdade) pelo caminho dos métodos (filosofia da consciência), ideário que impulsionou o pensamento positivista e sua convicção quanto à existência de parâmetros objetivos para uma tomada das decisões.

No entanto, por ser finito, mundano, histórico e paradigmático, como já observavam Heidegger (1988), Gadamer (2002) e Kuhn (2006), o homem jamais poderia projetar uma interpretação objetiva ou pura de qualquer coisa, com aptidão para reconstruir essa coisa em seu estado originário e alcançar o real em sua totalidade, estando, portanto, nesse embate do homem metodológico com o homem mundano e limitado, a pergunta que incomoda e a justificativa que dá vida a este artigo.

Como resposta plausível ao problema, fica como suposição que uma compreensão, tal como dito por Gadamer (2002), por mais controlada que ela seja, jamais conseguiria ultrapassar os vínculos da tradição do intérprete.

Aliás, imaginar qualquer coisa assim é o mesmo que não entender ou perceber a historicidade da compreensão ou de que os preconceitos do intérprete sempre vão fazer parte do processo interpretativo (PEREIRA, 2007).

Fica claro que o texto, como realça Gadamer (2002), não é repetível nem mesmo para o seu autor, porque do próprio pensamento e das ideias, uma vez elaboradas e concluídas, somos intérpretes.

Em relação ao objetivo geral, aponta-se que a divulgação dos limites humanos é importante para proporcionar ao intérprete a apreensão daquilo que subjaz à compreensão, algo fundamental para se ter o conhecimento do ser de uma decisão judicial, único modo, aliás, de se permitir a construção de uma decisão que seja comprometida com a democracia.

Se as pré-compreensões integram a compreensão individual, tal como generalizado pela hermenêutica filosófica, a possibilidade da revelação da verdade possui relação com o horizonte histórico (situação hermenêutica) do indivíduo que se põe a compreender.

Quer-se, então, deixar a transparência de que o papel do sujeito solitário está superado pelo contexto intersubjetivo da necessidade de fundamentação para que se tome qualquer decisão.

As contribuições de Gadamer fornecem, portanto, luzes para essa conclusão, existindo nestes escritos um esforço metodológico em

que ocorrem discussões sobre a hermenêutica; sobre a ideia da existência de parâmetros objetivos para se alcançar uma decisão; sobre a superação da hermenêutica clássica pela contemporânea, em que a validade do método e dos procedimentos para uma melhor resposta interpretativa cedeu espaço para estudos que colocam o mundo por detrás dessas discussões interpretativas; sobre o ser do próprio fenômeno compreensivo, bem como sobre o entendimento da própria compreensão humana.

Por tudo isso, as observações deste texto poderão contribuir para a compreensão do ser de uma sentença.

2 Compreensão e o tempo dos fenômenos

Ao contrário de uma hermenêutica antiga, em que a interpretação dos fenômenos históricos era um verdadeiro problema, pela distância temporal do passado e da compreensão presente, quando, para a solução disso, buscava-se a ajuda de métodos adequados, que permitissem a transferência do intérprete ao passado, em Hans Georg Gadamer é essa historicidade que permitirá compreensão melhor dos fenômenos históricos. Esse reconhecimento é algo como perceber a influência que a própria história exerce sobre nós; é perceber os efeitos do que Gadamer denomina de princípio da história efetual, isto é, dos efeitos da efetivação histórica. Confira:

Não se exige, portanto, um desenvolvimento da história efetual como nova disciplina auxiliar das ciências do espírito, mas que aprenda a conhecer-se melhor a si mesmo e se reconheça que os efeitos da história efetual operam em toda compreensão, esteja ou não consciente disso. Quando se nega a história efetual na ingenuidade da fé metodológica, a consequência pode ser até uma real deformação do conhecimento. Isso nos é conhecido através da história da ciência, como a execução de uma prova ir-

refutável de coisas evidentemente falsas. Mas, em seu conjunto, o poder da história efetual não depende de seu reconhecimento. Tal é precisamente o poder da história sobre a consciência humana limitada: o poder de impor-se inclusive aí, onde a fé no método quer negar a própria historicidade. Daí a urgência com que se impõe a necessidade de tornar consciente a história efetual: trata-se de uma exigência necessária à consciência científica (GADAMER, 2002, v. 1, p. 450).

O espaço que separa as pessoas será preenchido pela compreensão, num fenômeno que Gadamer chama de “fusão de horizontes” (GADAMER, 2002, v. 1, p. 457), em que o horizonte é o resultado dialético do contraste do passado com o presente.

Na medida em que desenvolvemos nossos preconceitos pessoais e geramos novos espaços de compreensão, o horizonte nunca se esgota ou se estabiliza, pois evolui sempre, sendo certo ainda que esse horizonte não é representado como algo rígido, mas sim como algo que se desloca junto à pessoa, permitindo o acesso dela ao mundo, envolvendo-a:

Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreitez do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. A linguagem filosófica empregou essa palavra sobretudo desde Nietzsche e Husserl, para caracterizar a vinculação do pensamento à sua determinidade finita e para caracterizar, com isso, a lei do progresso de ampliação do âmbito visual. Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que caem dentro deles,

segundo os padrões de próximo e distante, de grande e pequeno. A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição (GADAMER, 2002, v. 1, p. 452).

3 O texto e sua leitura

A compreensão em Gadamer (2002) reflete na dinâmica do conhecimento sujeito-objeto, entendidos até então como polos opostos. Aliás, como informa Pereira (2007), Gadamer nega a estrita separação entre sujeito e objeto no fluxo do conhecimento, pois a realidade não pode ser dissociada do ser que a conhece.

Também em Gadamer (2002), a fusão de horizontes ocasiona uma fusão de pré-concepções e de interpretações, bem como uma sequência de perguntas e respostas entre aquele que escreveu um texto e aquele que lê. Álvaro Ricardo de Souza Cruz explica:

E tais perguntas devem permitir ao intérprete ‘ouvir’ adequadamente o que o texto ‘pretende lhe dizer’, de modo a facilitar-lhe aferir as virtudes/vícios de seus preconceitos, entendidos por ele como antecipações necessárias e decorrentes da condição de ‘ser humano’. Somente assim poder-se-ia dar a fusão de horizontes entre as tradições e a história efetual do intérprete com o horizonte do texto que é lido. Com isso estava aberto o caminho para uma nova teoria do conhecimento e para a fundação de um novo conceito de verdade pelo desocultamento do sentido de ‘algo como algo’ em sua ‘circunstância explicativa’ (CRUZ, 2007, p. 84).

Igualmente, em Gadamer, cada nova leitura de um texto é uma leitura diferente, pois em cada época o intérprete entenderá o texto segundo o seu próprio interesse objetivo e suas circunstâncias. Portanto, a compreensão é temporal. De fato:

Na realidade, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos (GADAMER, 2002, p. 415).

Não há, desse modo, como negar que os preconceitos (conceitos de antes), como a história de vida, as experiências, os valores, sentimentos e posições, influenciam o processo de compreensão, pois:

A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerada da vida histórica. Por isso, os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica do seu ser (GADAMER, 2002, v. 1, p. 416).

O processo de compreensão, diz Pereira (2007), desencadeia um círculo hermenêutico, que nasce no momento em que o sujeito, moldado por tais preconceitos, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto, ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete. O movimento de compreensão formado por essa relação vai, ao longo do processo, criando patamares mais corretos de interpretação, que, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim seguidamente em direção a um entendimento mais adequado.

Nesse sentido, quanto mais um texto for compreendido (interpretado), a pré-compreensão se modificará. Cada nova leitura que se faz do texto será diferente, devido não só ao fato de que a pré-compreensão se modifica a cada leitura, mas porque a própria história efetual do texto (influência que a história exerce sobre nós) é, por sua vez, modificada.

4 Interpretação pura

Um texto não existe autonomamente, ou seja, independente de uma interpretação. O texto precisa do intérprete para ter vida. Nisso consiste a virada hermenêutica de Gadamer:

O filósofo produziu realmente uma virada hermenêutica do texto para a autocompreensão do intérprete que, como tal autocompreensão somente se forma na interpretação, não sendo, portanto, possível descrever o interpretar como produção de um sujeito soberano (STEIN, 2002).

Pretender que o intérprete possa realizar uma interpretação absolutamente objetiva ou pura de um texto, isto é, que possa reconstruir o seu sentido originário, significa, conforme anota Pereira (2007), não ter entendido nem percebido a historicidade de toda compreensão, nem que os preconceitos do intérprete estão inseridos, queira-se ou não, no processo interpretativo. Uma compreensão, por mais controlada que seja, não consegue ultrapassar os vínculos da tradição do intérprete.

Assim, percebe-se que o texto não é repetível nem mesmo para o próprio autor-produtor desse texto, porque do próprio pensamento e das ideias, uma vez elaboradas e concluídas, somos intérpretes.

Muitas vezes a palavra preconceito carrega um significado pejorativo. Gadamer, porém, esclarece tal questão:

Em si mesmo, ‘preconceito’ (Vorurteil) quer dizer um juízo que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. No procedimento da jurisprudência, um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chan-

ces. Por isso, *préjudice*, em francês, tal como *praeiudicium*, significa também simplesmente prejuízo, desvantagem, dano. Não obstante, essa negatividade é apenas secundária. A consequência negativa repousa justamente na validade positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente. ‘Preconceito’ não significa, pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu preconceito possa ser valorizado positiva ou negativamente (GADAMER, 2002, v. 1, p. 407).

Todo o processo de compreensão, portanto, é influenciado por preconceitos. O homem decide, opina, toma posição embasado em sua compreensão das coisas. Com efeito:

Os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua disposição, enquanto tais. Este não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam os mal-entendidos (GADAMER, 2002, v. 1, p. 442-443).

Quando esses preconceitos gerarem mal entendidos na compreensão, eles podem ser evitados a partir da abertura do intérprete para a opinião do texto. Alerta Gadamer:

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e consequente possível — até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão (GADAMER, 2002, v. 1, p. 405).

Os preconceitos também não são definitivos, pois existem concepções que se extraem de sucessivas experiências de vida.

5 Compreensão, linguagem e método

A compreensão, que é notada na forma de interpretação, é uma busca de entendimento a respeito de algo. O compreender acontece na linguagem, que é a sua condição de possibilidade:

O fenômeno hermenêutico se mostra como um caso especial da relação geral entre pensar e falar, cuja enigmática intimidade motiva a ocultação da linguagem no pensamento. Assim como na conversação, a interpretação é um círculo fechado na dialética de pergunta e resposta. É uma verdadeira relação vital histórica, que se realiza no médium da linguagem e que também, no caso da interpretação de textos, podemos denominar 'conversação'. A linguisticidade da compreensão é a concreção da consciência da história efetual.

A relação essencial entre linguisticidade e compreensão se mostra, para começar, no fato de que a essência da tradição consiste em existir no médium da linguagem, de maneira que o objeto preferencial da interpretação é de natureza linguística (GADAMER, 2002, v. 1, p. 567).

Portanto, o centro do fenômeno hermenêutico em Gadamer está na linguagem. A compreensão, que se mostra pela linguagem, sofre influência dos preconceitos do intérprete. É, em função disso, e em razão da autonomia do texto em relação ao seu autor, que surgem, portanto, diversas interpretações.

Por isso a fixação por escrito permite que o leitor compreensivo possa erigir-se em advogado de sua pretensão de verdade, precisamente porque separa por completo o sentido do enunciado daquele que enuncia. É assim como o leitor experimenta, sem sua validade, o que lhe fala e o que ele compreende. Por sua vez, aquilo que ele compreendeu será sempre mais que uma opinião estranha: já será sempre uma possível verdade. Isto é o que emerge em virtude da liberação do dito com respeito a quem o disse e em virtude do *status* de duração que lhe confere a escrita (GADAMER, 2002, v. 1, p. 574).

Aliás, Gadamer, enfatizando o papel essencial da linguagem no âmbito de sua teoria hermenêutica assentou: “Ser que pode ser compreendido é linguagem” (GADAMER, 2002, v. 1, p. 687).

A troca realizada entre o texto e o leitor os coloca em processo de associação, ou fusão mesmo. Isso evidencia, como lembra Pereira, a falácia da radical distinção entre sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, pregada pela Filosofia da Consciência:

Resultado disso é novamente uma desconfiança em relação à velha metódica, pois, ao tentar especular sobre a verdade a respeito de algo, toma por termo a completa dissociação ente o ser que interpreta e aquilo que é dado a conhecer. Ou seja, Gadamer nega a estrita separação entre sujeito e objeto no fluxo do conhecimento (PEREIRA, 2007, p. 47).

Gadamer, ao analisar o processo compreensivo, contrapõe-se à noção de que a verdade se atinge por método. A verdade em Gadamer, como expõe Pereira (2007), depende da situação hermenêutica e, por consequência, de um diálogo constante com a tradição e com as pré-compreensões.

A fusão de horizontes de Gadamer, também diz Pereira (2007), leva à ocorrência de outra fusão, isto é, à fusão dos momentos de compreensão, interpretação e aplicação. A interpretação, como já exposto, é forma explícita da compreensão, e a aplicação, em face dessa nova fusão, integra o próprio ato de compreender. Compreende-se, portanto, aplicando.

Anota Pereira (2007) que Gadamer, em sua teoria, parte dos vários ensinamentos de Heidegger, apresentando uma crítica radical ao pensamento científico-espiritual subsistido por todo o século XIX, colocando a hermenêutica como uma disciplina filosófica que, para além de seu foco epistemológico, presente, por exemplo, nas obras de Schleiermacher e Dilthey, passa a investigar o fenômeno da compreensão em si mesmo.

Ainda segundo Pereira (2007), Gadamer contrapõe a verdade ao método (clássico), e demonstra que a possibilidade de revelação da verdade depende sempre da situação hermenêutica (horizonte histórico) em que se encontra o sujeito que se põe a compreender.

No compreender histórico, em outra nota de Pereira (2007), há uma autorrevelação do próprio existir no mundo e um “como” revelar-se à própria identidade temporal e finita. O existir é um compreender e um interpretar, sendo impossível que alguém se coloque no lugar de outro para compreender algo, pois o existir pressupõe a mediação do tempo e os condicionamentos próprios de cada um.

Assim, eu só posso compreender em meu tempo e de acordo com a minha condição singular. Se eu estivesse no lugar do outro, já não seria minha compreensão enquanto acontecer histórico distinto.

6 As instituições precisam de afirmação

Segundo Hegel, toda questão só pode ser compreendida a partir de um determinado quadro conceitual de conhecimento. Assim, sempre haverá uma delimitação do espaço pensável e, de modo inevitável, grau compreensivo da realidade, pois o acesso a ela somente se faz nos limites permitidos pelas categorias conceituais do conhecimento que o agente possua sob seu domínio.

As categorias avançadas de conhecimento permitem uma visão mais apurada da realidade, não podendo ser desprezado que a categoria conceitual mais pobre do conhecimento é a sustentada na fonte da subjetividade.

Ora, num mundo em que prevaleçam concepções subjetivas, em que o outro sirva somente para atender aspirações individuais do seu próximo, impossível, como afirma Hegel, que não haja o seu fim, pois, esse mundo atingirá contradições insolúveis, pelo inevitável contraste das instituições que representam unidade, com a individualidade, aspiração isolada.

Para que se escape desse final trágico, melancólico, é preciso que a consciência individual, diz Hegel, alcance nível de consciência universal, para que exista liberdade plena. É sabido, aliás, que a liberdade só se alcança no contexto das instituições. Estas, porém, necessitam de fundamentação para a sua existência, até porque completam o ser das pessoas.

Desse modo, a liberdade pensada a partir de um único sujeito estará fadada ao desaparecimento. Liberdade pressupõe intersubjetividade.

Nesta era de respostas rápidas, do passageiro, do efêmero, do fugaz, do consumismo, do descarte das pessoas, a fundamentação é condição da liberdade e da democracia e fator de preservação das instituições.

Sem instituições, tal como a de um Poder Judiciário fundamentado, a subjetividade, lado mais pobre do conhecimento, governará os nossos destinos.

7 Conclusão

Pode-se dizer que as contribuições de Gadamer são importantes para deixar evidente que as pré-compreensões importam na compreensão, sendo equívoco raciocinar que as ideias prontas, o senso comum ou a dogmática representam o direito acabado, isto é, o direito apto para reger o conflito, pois sempre deve haver uma autorreflexão sobre os preconceitos.

As pré-compreensões que forçam, de algum modo, a perpetuação de certa realidade jurídica, desencadeiam apenas a formação de um processo hermenêutico que vai balizar a construção da norma de uma sentença.

Essa norma não pode ser produzida por um julgador solitário, pela inseparável influência no ato de seu horizonte histórico. Uma norma de viés democrático depende, sobretudo, de que, em seu processo

de criação, exista fundamentação intersubjetiva, num procedimento de constante diálogo entre os construtores da norma com a tradição e com as pré-compreensões dos fenômenos. Aliás, a necessidade da fundamentação é exigência da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 93, IX), sendo certo, por outro lado, que não existe liberdade construída a partir de um único sujeito.

Nestes tempos de respostas rápidas, do passageiro, do efêmero, do fugaz, do consumismo e do descarte das pessoas, a fundamentação se torna condição imprescindível da liberdade e da democracia, bem como fator decisivo de preservação das nossas Instituições.

Também não se pode omitir que sem instituições, tal como a da presença de um Poder Judiciário fundamentado, a subjetividade, lado mais pobre do conhecimento, governará nossos destinos.

Seja como for, uma compreensão nova e distinta nunca termina aquilo que pretendemos ter como finalizado e correto (irrepreensível). Toda nova leitura de um texto sempre será leitura diferente.

Referências

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Democracia. In: TRAVESSONI, Alexandre (Coord.). *Dicionário de teoria e filosofia do direito*. São Paulo: LTr, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CUNHA, Helenice Rego. *Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos*. 9. ed. Belo Horizonte: PUC/MINAS, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Discurso científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico século XXI*. São Paulo: Nova Fronteira, 1999.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1988.

HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do espírito*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A filosofia na crise da modernidade*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. A leitura hegeliana da revolução francesa. *Síntese - Revista de Filosofia*, América do Norte, 18, jun. 2012. Disponível em: <http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/1650>. Acesso em: 21 nov. 2012.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana Pereira. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STEIN, Ernildo. A consciência da história: Gadamer e a hermenêutica. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 mar. 2002. Caderno Mais.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

“Mais de 500 exemplares da nova Constituição enfeitavam as mãos dos constituintes, que, naquele momento, fizeram questão, seguindo o exemplo de Ulysses, de levantarem as mãos com a nova Constituição de capa verde-amarela e azul.”

Diário do Pará

Belém, 6 de outubro de 1988.



Direito à saúde na Constituição: critérios da responsabilidade solidária e da integralidade de assistência

Renato Luís Dresch

Mestre em Direito Público; Especialista em Direito Sanitário;
Especialista em Processo Civil; Desembargador do TJMG;
Membro do Comitê Executivo Nacional da Saúde do CNJ;
Coordenador do Comitê Estadual da Saúde de Minas Gerais.

1 Introdução

Os registros antropológicos demonstram que, desde os primórdios, o homem luta pela sua sobrevivência, buscando medidas de preservação da vida (HARARI, 2018),¹ embora inicialmente as medidas de proteção da saúde consistissem em atos mais singulares ou rudimentares, limitados à exploração de recursos oferecidos pela própria natureza. A partir da organização social no modelo atualmente concebido, os procedimentos médicos eram realizados num primeiro momento pelos “barbeiros cirurgiões”, embora com atuação mais limitada a prescrições de produtos e de procedimentos mais singulares.² Numa

¹ Na obra *Uma breve história da humanidade: Sapiens*, Harari traz elementos importantes sobre a evolução da humanidade.

² Na obra *O físico*, Gordon retrata a medicina incipiente e o trabalho que era realizado pelos barbeiros cirurgiões.

terceira fase, passou-se da polícia médica, com a adoção de medidas coercitivas de proteção, para a medicina social, com uma proteção social mais humanizada (ROSEN, 1980). Por fim, na fase contemporânea, a saúde está concebida como um direito humano fundamental.

De acordo com o prefácio da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), saúde constitui “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

Inspirada na Oitava Conferência de Saúde,³ a Constituição Federal Brasileira de 1988 positivou a saúde à condição de direito humano fundamental social (CF, art. 6º), atribuindo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para cuidar da saúde (CF, art. 23, II), e aos Municípios a atribuição de prestador dos serviços de saúde para a população (CF, art. 30, VII), além de inserir o compromisso de garantir o direito à saúde a toda população, reconhecendo-a como direito de todos e dever do Estado em assegurar o acesso universal e igualitário (CF, art. 196), observada a diretriz de integralidade, dentro de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços (CF, art. 198).

Todas as garantias de acesso e tratamento à saúde foram reafirmadas, tanto na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), como na Lei Complementar nº 141/2012, esta que regula o custeio da saúde.

Desse modo, não há dúvidas de que a saúde constitui uma garantia constitucional de eficácia concreta que exige uma prestação positiva do “Estado” e da sociedade (LEDUR, 2009, p. 89).

O primeiro precedente jurisprudencial mais explícito de reconhecimento do direito à saúde como direito humano fundamental de efeito concreto e eficácia plena foi proferido pelo Supremo Tri-

³ Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

bunal Federal (STF), ao julgar o Recurso Extraordinário nº 393175, em 12/12/2006, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, que assim pontuou:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (BRASIL, 2007).

Portanto, é possível afirmar que a saúde é um direito humano fundamental social reconhecido constitucionalmente de efeito concreto e de eficácia plena. Contudo, há diversas questões jurídicas controversas sobre o direito à saúde que merecem uma revisita.

Elegeu-se para o presente texto fazer novas formulações acerca dos critérios que devem ser adotados para definir a responsabilidade comum ou solidária dos três entes federados, indagando-se acerca da possibilidade de fracionamento da solidariedade quando há políticas públicas definidas que regulem a gestão, repartindo competências e distribuindo atribuições entre eles.

O segundo aspecto que se pretende indagar nesta revisita ao tema saúde diz respeito aos critérios que devem servir de paradigma definidor da integralidade de tratamento. As inovações tecnológicas inseridas no mercado de saúde representam gastos sempre mais elevados, razão pela qual é necessário indagar o quanto a sociedade está disposta a pagar para a recuperação da saúde ou o simples prolongamento da vida. Isso se insere na discussão acerca dos limites da integralidade.

O que se propõe discutir diz respeito à possibilidade de a integralidade ser implementada numa perspectiva do possível, com a fixação de paradigmas técnicos e financeiros limitadores do acesso ao tratamento, sobretudo das doenças raras e das catastróficas, porque geralmente são de alto custo e impactam o erário, podendo comprometer reservas orçamentárias para a atenção básica e os tratamentos de menor complexidade, com custo inferior.

2 Os limites da solidariedade dos entes federados

O primeiro aspecto a discutir diz respeito ao art. 23, II, da Constituição Federal, que estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde. De acordo com esse dispositivo, há responsabilidade concomitante dos três entes federados, ou, como explica José Afonso da Silva, a “prestação do serviço por uma entidade não exclui igual competência de outra – até porque aqui se está no campo da competência-dever, porque se trata de cumprir a função pública de prestação de serviços à população” (SILVA, 2007, p. 273).

O STF vem adotando a orientação jurisprudencial de reconhecimento da responsabilidade solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para garantir o acesso à saúde, o que significa dizer que o mesmo medicamento, produto ou procedimento pode ser pleiteado tanto ao Município, como ao Estado e à União.

Após o STF decidir a Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 175-CE, em 17 de março de 2010, para reconhecer a responsabilidade solidária, a Advocacia-Geral da União questionou aquela Corte para que se pronunciasse especificamente sobre ponto omissis: quanto aos efeitos da responsabilidade comum quando há normas de repartição de competência entre os gestores. Naquela ocasião, o relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que, em sede de medida

liminar, não caberia a análise acerca do fracionamento da solidariedade (BRASIL, 2010).

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 855.178-SE, em 5/3/2015, em Repercussão Geral, relatado pelo Ministro Luiz Fux, o STF reafirmou a solidariedade dos três entes federativos para as ações e serviços de saúde. À primeira vista, significa dizer que é possível pleitear qualquer ação ou serviço de saúde tanto perante a União, como junto ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município (BRASIL, 2015). Aquele julgado também não discute a repercussão das normas infraconstitucionais que repartem competência e distribuem atribuições.

Como as decisões do STF proferidas em repercussão geral têm efeito vinculante, pode parecer, à primeira vista, que a controvérsia estaria encerrada. Não é bem assim, porque, nas decisões em repercussão geral e nos recursos repetitivos, o efeito vinculante do precedente deve ser buscado a partir da interpretação dos motivos determinantes que levaram à fixação da tese. Por isso o debate não está encerrado.

O art. 23, II, da Constituição Federal é textual ao fixar a responsabilidade comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, contudo, a conclusão que se extrai daquele dispositivo é de que a suposta solidariedade é apenas sistêmica, porque determina que os três entes federados possuem responsabilidade comum apenas em instituir as políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário dentro da diretriz de atendimento integral.

Na análise dos motivos determinantes inseridos no julgamento do RE 855.178, verifica-se que, nesse caso, o STF também não enfrentou os efeitos e a repercussão da responsabilidade solidária sempre que tiverem sido instituídas políticas públicas ou quando houver pactuações nas quais são distribuídas atribuições e determinadas competências de cada gestor. O motivo determinante daquela decisão não é analisar a possibilidade de fracionamento ou não da solidariedade.

O debate acerca do tema da responsabilidade solidária foi renovado no STF com o julgamento do RE nº 657.718-MG e do RE nº 566.471-RN, em sede de Repercussão Geral (Tema 500), no qual a controvérsia originária girava em torno da responsabilidade do Estado de fornecer medicamentos de alto custo não incorporados ao SUS. O julgamento ainda está em curso, mas a temática acerca dos limites da responsabilidade entre os entes voltou a ser abordada de forma mais específica no voto do Ministro Luiz Roberto Barroso, com a seguinte ponderação:

67. Desse modo, o polo passivo das ações judiciais que envolvam medicamentos não incorporados (i.e., não incluídos nas listas de dispensação), inclusive os de alto custo, deve ser composto pela União, de modo a que a demanda seja proposta perante a Justiça Federal. Portanto, ainda que ao final do processo se conclua pela necessidade de fornecimento de medicamento não incorporado ao SUS, deve-se atribuir à União a responsabilidade primária pelo fornecimento e financiamento do medicamento nesse caso (BRASIL, 2012).

De acordo com o voto do Ministro Roberto Barroso, a União é a responsável pela incorporação de novas tecnologias em saúde, de modo que deve integrar a lide nas demandas que versem sobre o acesso a tecnologias não incorporadas pelo SUS. Nesse pronunciamento fica claro o reconhecimento de fracionamento da solidariedade. Ademais, não há como imaginar responsabilidade solidária irrestrita quando o art. 198 da Constituição Federal determina a criação de uma rede regionalizada e hierarquizada.

Não há como compreender uma rede regionalizada e hierarquizada de serviços com autonomia dos entes, conviver com a possibilidade de o paciente escolher discricionariamente o ente perante o qual possa pleitear atendimento. O atendimento deve ser postulado dentro da responsabilidade pactuada na rede de serviços, ante aquele que assumiu a responsabilidade.

Portanto, criada a rede de serviços, o atendimento deve ocorrer de acordo com a responsabilidade pactuada, até porque atuação em sentido contrário violaria o princípio constitucional da eficiência do serviço público (CF, art. 37), uma vez que exigiria a criação de três estruturas de serviços, uma para cada ente federado.

Aliás, o art. 7º, XIII, da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde – LOS) fixa os princípios orientados das ações e serviços públicos de saúde, determinando que deve haver “organização dos serviços públicos de modo a *evitar duplicidade de meios para fins idênticos*”. Isso explica que o atendimento deve ocorrer de acordo com o que estiver pactuado.

É bom lembrar que os art. 16, 17 e 18 da Lei nº 8.080/90 disciplinam a responsabilidade comum e definem atribuições entre a direção nacional, a direção estadual e a municipal da saúde, evidenciando que a responsabilidade não é comum.

O art. 19-U da LOS, do mesmo modo, reafirma a distribuição de atribuições, quando dispõe que a “a responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite”.

A repartição de competência prevista na Lei nº 8.080/90 consta do art. 10 da Resolução Comissão Intergestores Tripartite (CIT) nº 01/2012, enquanto a Portaria nº 1.555/2013 define a competência dos Municípios para o Componente Básico de Assistência Farmacêutica e a Portaria nº 1.554/2013 define a competência dos Estados e da União para o Componente Especializado de Atenção Farmacêutica (Ceaf). Tudo isso foi ratificado pela Portaria MS nº 1.897/2017, que atualiza a Rename.

Por fim, o Decreto nº 7.508/11, que regula a LOS, prevê as regiões de atendimento à saúde, que devem ser “instituídas pelo Estado, em articulação com os Municípios, respeitadas as diretrizes gerais

pactuadas na CIT” (art. 4º), prevendo ainda que o atendimento que deve ocorrer a partir das “Portas de Entrada do SUS, se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço” (art. 8º), considerada a responsabilidade pactuada na Comissão Intergestores, que define as “responsabilidades dos entes federativos na Rede de Atenção à Saúde, de acordo com o seu porte demográfico e seu desenvolvimento econômico-financeiro, estabelecendo as responsabilidades individuais e as solidárias” (art. 32, IV).

Como norma reguladora da Lei nº 8.0890/90, o Decreto nº 7.508/11 é o instrumento norteador das ações e serviços de saúde, com o estabelecimento da responsabilidade de cada ente federado, que estará limitado àquilo que está pactuado ou estiver ordenado na lei.

Os Municípios são os responsáveis pela Atenção Básica e pelo fornecimento dos Medicamentos do Componente Básico de Atenção Farmacêutica (CBAF) (Portaria nº 1.555/2013), enquanto o Estado e a União são os responsáveis pelo Ceaf (Portaria nº 1.554/2013), a não ser que pactuem na CIB ou CIT a distribuição diferenciada das ações e serviços de saúde, considerada a capacidade instalada.

O paciente inserido na rede de atendimento pela porta de entrada do SUS deve ser encaminhado à rede regionalizada e hierarquizada para que seja atendido na média e alta complexidade, sempre que aquela unidade não tiver capacidade instalada. A responsabilidade do Município que presta o atendimento inicial se limita a incluir o paciente na rede de serviços, fazendo o encaminhamento.

Portanto, é possível afirmar que o art. 23, II, da Constituição Federal instituiu uma solidariedade sistêmica, que impõe aos três entes federados a responsabilidade comum para implementar políticas públicas de saúde que proporcionem o acesso universal e igualitário dentro da diretriz de integralidade. Havendo lei, norma administrativa ou pactuação que regule os serviços, repartindo a competência ou distribuindo atribuições, individualizando a ação ou serviço, essa

regra deve ser observada, reconhecendo-se, por conseguinte, o fracionamento da solidariedade, transformando-a em responsabilidade subsidiária dos demais entes.

Como os Estados e a União são obrigados a fornecer cooperação técnica e financeira para os Municípios prestarem os serviços de saúde, tornam-se responsáveis subsidiários no caso de falta ou deficiência dos serviços prestados. Embora não se possa falar em hierarquia entre as unidades federativas, sendo o Município o responsável pela atenção básica, não há como impor-lhe o fornecimento de medicamento incluído no Ceaf, ou mesmo prestar serviços de média e alta complexidade caso não tenha capacidade instalada e caso isso não tenha sido pactuado na CIT.

3 A universalidade e igualdade de acesso

A Constituição Federal garante o acesso universal e igualitário à saúde para a garantia de *acesso igualitário* às ações e serviços de saúde (CF, art. 196), o que foi reafirmado na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), com a inclusão, dentre os seus princípios, da “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, IV), o que significa dizer que o acesso deve ser concedido a todos.

A universalidade de acesso significa que todos os habitantes do território nacional deverão ser atendidos, sem preconceito de origem, nacionalidade ou condição financeira.

Sendo a saúde um direito humano fundamental social, não há como distinguir o usuário pela classe social nem a origem da pessoa para lhe assegurar o acesso às ações e serviços de saúde, porque “os direitos sociais reconhecidos no art. 6º formulados em termos gerais, em nível de princípios, pertencem às pessoas como membros da comunidade política e jurídica, eles se dirigem a todos” (LEDUR, 2009, p. 82).

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, “a Constituição Federal de 1988, em vários momentos, expressa ou implicitamente, atribui a titularidade de direitos sociais a toda e qualquer pessoa, independente de sua nacionalidade ou de seu vínculo maior ou menor permanência com o Brasil” (SARLET, 2012, p. 215), embora se deva ponderar que esse acesso deva ocorrer dentro da rede de serviços.

Como pontua Lenir Santos, a universalidade do SUS “destina-se a todos, mas todos que optaram pelo sistema público com seus regramentos administrativos, técnicos e sanitários” (SANTOS, 2014, p. 149).

A ponderação de Santos tem sentido, porque o paciente não pode selecionar o tipo de serviço que pretende que lhe seja prestado pelo SUS e o tipo que pretende que seja prestado na rede particular, até porque o Decreto nº 7.508/11 deixa muito claro que o atendimento deve ocorrer pela porta de entrada.

Ocorre que é comum, nas demandas judicializadas, o paciente buscar prescrição médica particular para pleitear ao SUS o fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo. Isso distorce o sistema de saúde, porque o atendimento deve ser integralmente particular ou integralmente pelo SUS, não se podendo conceber um tratamento fracionado num modelo “Frankenstein”.

Parte dos doutrinadores, dentre os quais Ricardo Lobo Torres, defende a tese de que o acesso universal e gratuito à saúde para toda a população se restringe aos procedimentos incluídos no pacote de atividades previstas nas políticas públicas, dentro do denominado mínimo existencial. Para as ações mais complexas, fora das políticas públicas, não haverá acesso universal e igualitário, porque se trata de prestação de natureza assistencial, destinada apenas para aqueles que têm incapacidade financeira. Desse modo, as pessoas com melhor capacidade financeira deveriam custear seus próprios procedimentos. Torres afirma que

A CF distinguiu, sem a menor dúvida, entre as prestações de saúde que constituem o mínimo existencial e das condições necessárias à existência, que deveriam ser gratuitas, e as que se classificam como direitos sociais e que poderiam ser custeadas por contribuições (medicina curativa), [aduzindo ainda que] as atividades preventivas geram o direito ao atendimento integral e gratuito: as campanhas de vacinação, a erradicação das doenças endêmicas e o combate às epidemias são obrigações básicas do Estado, deles se beneficiando ricos e pobres, independente de qualquer pagamento (TORRES, 2009, p. 245).

A universalidade e igualdade de acesso devem ser asseguradas a todos, sem privilégios, de modo que deve ser observada a mesma porta de entrada, como está previsto no Decreto nº 7.508/2011, pois, na forma do art. 196 da CF, o acesso à saúde deve ser garantido “mediante políticas sociais e econômicas”. Isso significa dizer que a integralidade ocorrerá dentro de um conjunto articulado e contínuo de ações de promoção, proteção e recuperação em todos os seus níveis, como previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.080/90.

O número ascendente de demandas judiciais com a emissão de ordens para a inclusão de novos produtos e procedimentos não previstos nas políticas públicas cria um “impacto deslocativo do orçamento”, porque ordena a realização de despesas fora das políticas públicas (CASTRO, 2012, p. 44).

No julgamento do RE 566.471-RN, Tema 500, ainda não concluído, o relator Ministro Marco Aurélio pontua, em seu voto, que a responsabilidade familiar precede a do Estado, quando se tratar de medicamento fora das políticas públicas.

A proposta é a seguinte:

Proponho a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Progra-

ma de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade — adequação e necessidade — da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil (BRASIL, 2012).

Aliás, ao julgar o Resp. nº 1.657.156, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, em 25/4/2018, em Recurso Repetitivo, a Primeira Seção Cível do STJ fixou os seguintes requisitos para o fornecimento de medicamentos excepcionais, fora da lista do SUS:

Constitui obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os critérios e requisitos fixados neste julgado, a saber:

- I. Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento para o tratamento;
- II. Hipossuficiência do requerente; e
- III. O medicamento requerido tenha registro na Anvisa (BRASIL, 2018).

Há uma tendência progressiva na jurisprudência dos Tribunais Superiores em limitar o acesso universal e igualitário para os medicamentos, produtos e serviços que estiverem incorporados nas políticas públicas. Fora delas, a responsabilidade é do próprio paciente e da sua família, transformando o direito social em prestação de natureza assistencial, que favorece apenas as pessoas hipossuficientes.

Desse modo, verifica-se uma tendência jurisprudencial de que a saúde, como direito social, limita-se às políticas públicas e que, fora delas, o acesso será tratado como sendo de natureza assistencial, embora se deva ponderar que a hipossuficiência deva ser apurada diante da capacidade financeira do paciente e seus familiares, considerado o

custo do medicamento, produto ou procedimento ao qual se pretende o acesso. Vem a ser a universalidade de acesso à integralidade regulada.

Esse entendimento parece o mais razoável possível, porque se extrai do contexto constitucional (CF, art. 196), e o fornecimento de produtos fora das políticas públicas ofende o princípio da isonomia.

Portanto, o que se conclui é que a universalidade de acesso à saúde deve ocorrer de acordo com as políticas públicas, e somente excepcionalmente deve ser assegurado o acesso fora das políticas estabelecidas, exigindo-se a demonstração da imprescindibilidade para o tratamento necessário e a incapacidade financeira do paciente ou de sua família em adquirir os medicamentos, produtos ou serviços de saúde, além da necessidade de registro na Anvisa.

4 Da integralidade de atendimento

A integralidade de atendimento foi reconhecida como diretriz constitucional (CF, art. 198, II), ratificada pela Lei nº 8.080/90, assegurando, dentre os seus princípios, a “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (art. 7º, II).

A discussão que ora se aborda diz respeito aos critérios que devem paradigmaticamente a integralidade, sobretudo acerca da possibilidade de estabelecer limites técnicos e financeiros de acesso integral à saúde, dentro do que se poderia chamar de “integralidade possível”.

A revisita a esse tema é importante, porque, a cada momento, surgem novas tecnologias que exigem gastos milionários para a recuperação da saúde ou apenas o prolongamento da vida, como é o caso do tratamento da Atrofia Muscular Espinhal (AME), que é tratada por meio do medicamento denominado Spinraza (nusinersena), com custo anual superior a milhão de dólares.

A saúde como direito humano fundamental social de acesso universal e igualitário se limita às políticas públicas reguladas, porque é isso que dispõe o art. 196 da Constituição Federal. O acesso à saúde fora do conjunto articulado de ações e serviços deve ser compreendido como de natureza assistencial, ou seja, contempla apenas as pessoas que não tenham condições financeiras de arcar com as despesas para o tratamento, considerando-se que o paciente e seus familiares não tenham como desembolsar o valor, de acordo com nova postura do STJ e do STF, como já referido.

Como a indústria farmacêutica cria novos medicamentos com preços sempre mais elevados, cujo custo supera um milhão de dólares ao ano, é necessário avaliar, dentro da cláusula da reserva do possível, a possibilidade de estabelecer limites financeiros de acesso à saúde.

O Brasil é um dos poucos países do mundo que garante a universalidade e a integralidade a todos, por isso merece contemplação a ponderação do médico Dráuzio Varella

A criação do SUS foi a maior revolução da história da medicina brasileira. Nenhum país com mais de cem milhões de habitantes ousou oferecer assistência médica gratuita para todos. [...] Longe de mim negar essa realidade humilhante, mas posso assegurar que parte se deve ao desafio de universalizar o atendimento sem dispor de recursos suficientes, e parte à escassez de gestores comprometidos com a saúde pública (VARELLA, 2018).

Não há como desprezar a finitude de recursos do Estado, de modo que a cláusula da reserva do possível, ou seja, a incapacidade orçamentária, permite limitar o acesso a determinados medicamentos ou procedimentos de custos vultosos.

A integralidade de atendimento deve ser compreendida dentro do conjunto ordenado de ações numa rede descentralizada, todavia também não pode servir de instrumento para a não assistência, de modo que, “embora a descentralização imponha aos entes da federa-

ção funções específicas no processo saúde-doença perante o cidadão, esse usuário do sistema deverá ser atendido em todas as suas necessidades, desde as ações preventivas àquelas de alta complexidade” (BLIACHERIENE; RUBIM; SANTOS, 2014, p. 341).

Dentro da compreensão de rede de atendimento, na visão da integralidade de atendimento a partir das portas de entrada, previstas no Decreto nº 7.508/11, a discussão surge quanto aos limites da intervenção do Poder Judiciário, para determinar o acesso a produtos e serviços que não foram incorporados nas políticas públicas.

O ativismo judicial, consistente em ordenar o fornecimento de medicamentos, produtos e serviços fora das políticas públicas, tem subvertido a ordem, impactando negativamente a gestão. Embora não se deva superar o modelo substancialista nem adotar o modelo procedimentalista, como ponderam Schulze e Gebran Neto, é necessário “construir um modelo que permita a convivência harmônica de um sistema que priorize a participação popular, sem subtrair do Judiciário o debate sobre questões de relevo social” (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 60), com a construção de modelo de atuação judicial moderada, dentro da autocontenção das paixões.

A tese de Sueli Dallari é de que a integralidade no direito à saúde compreende apenas o mínimo existencial, ou, dentro daquilo que denomina de um “mínimo decente de saúde”, acentuando que “não podemos atender a todas as necessidades de saúde que surgem dentro ou fora do setor da saúde, temos de ser responsáveis pela razoabilidade das decisões de alocação de recursos que fazemos” (DALLARI, 2014, tradução nossa).

No mesmo sentido é a tese de Lenir dos Santos, que considera que “o direito à integralidade da assistência terapêutica não pode ser aleatória e ficar sob a total independência do cidadão” (SANTOS, 2010, p. 166).

Quando há excessiva onerosidade, o Poder Público pode invocar a cláusula da reserva do possível para negar o acesso à saúde. Contudo, inexistem critérios objetivos para definir a excessiva onerosidade, e daí surge uma questão ética ou moral se isso não seria o mesmo que decretar a morte de determinados pacientes com doenças raras ou as denominadas catastróficas.

De acordo com as ponderações de Ingo Sarlet,

[...] a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba — como sói acontecer — por equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com os seus próprios recursos o atendimento necessário, [que ainda pontua que] o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzidos na Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça (SARLET, 2014, p. 329).

O STF vem assentando um novo paradigma de assistência para a saúde. Embora afirme que a proteção à saúde constitui um típico direito que exige uma prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas (Agr. Reg. RE nº 745.745-MG, j. em 2/12/2014, 2ª Turma, Rel Min. Celso de Mello), nas últimas decisões tem invocado a questão da capacidade financeira para o acesso a medicamentos fora das políticas públicas.

Ocorre que a diretriz de integralidade de tratamento na saúde consta expressamente como diretriz constitucional (art. 198, II) e foi reafirmado no art. 3º, II, da Lei nº 141/2012, e no art. 6º, I, *d*, e no art. 7º, II, da Lei nº 8.080/90, que eleva a integralidade à categoria de princípio.

Existe clareza no art. 7º, II, da LOS de que a integralidade não está limitada à atenção básica, sob a afirmação de que a atenção integral e universal à saúde abrange “todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais”.

Embora a integralidade como diretriz constitucional deva ser realizada de acordo com as políticas públicas, dentro dos procedimentos incluídos nos protocolos clínicos e nas diretrizes terapêuticas, disponibilizados os medicamentos, produtos e procedimentos previstos na Renases e na Rename, que trazem as estruturas sanitárias de acesso que garantam a igualdade de atendimento (SANTOS, 2014, p. 150), não há como negar o acesso a outros produtos e serviços individuais ou coletivos de natureza curativa em relação aos quais haja evidência científica da eficácia, acurácia e efetividade, mesmo que não estejam disponibilizados no SUS, ou que estejam disponíveis outros procedimentos com a mesma eficácia terapêutica.

É possível ponderar que cabe ao Estado adotar as medidas necessárias para assegurar a integralidade de atendimento, consideradas as necessidades específicas de cada paciente, podendo-se afirmar:

Já o princípio da integralidade impõe ao Estado o dever de oferecer aos cidadãos os serviços e produtos de saúde condizentes com as suas necessidades específicas, englobando serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. Sempre que o Estado não conseguir oferecer uma solução terapêutica a um cidadão, seja porque o serviço ou produto não foram ainda incorporados formalmente ao sistema, seja porque a necessidade da pessoa é especial e não se encaixa nos protocolos e diretrizes clínicas já fixados, caberá ao cidadão o direito de exigir do Estado, pela via administrativa ou judicial, o oferecimento de uma solução condizente (AITH *et al.*, 2012).

Cabe ao Estado Brasileiro estabelecer regras econômicas claras quanto ao limite da integralidade. Essa tarefa não cabe ao Poder

Judiciário, sobretudo quando provada a eficácia, a acurácia, efetividade e segurança, como está previsto no art. 19-Q, § 2º, da Lei nº 8.080/90, quando inexistente tratamento similar no SUS.

A Medicina Baseada em Evidência (MBE) surgiu a partir de um movimento iniciado no Canadá, em 1990, defendendo que as decisões médicas fossem tomadas com bases mais científicas e técnicas (CR; CLARK; VIANNA, 2010, p. 122).

Como as discussões sobre a MBE se iniciaram em 1990, constata-se que se trata de tema bastante recente, podendo-se esclarecer:

A medicina baseada em evidências (MBE) pode ser definida como ‘a integração das melhores evidências de pesquisa com a habilidade clínica e as preferências do paciente’ e lançada como um processo por meio do qual progressos na pesquisa médica podem ser transpostos para a prática de modo a produzir um cuidado de saúde mais seguro, melhor e mais custo-efetivo (NORDENSTROM, 2007, p. 9).

O Estado Brasileiro optou pelo acesso à saúde dentro da MBE, o que ficou bem claro no art. 19-Q, § 2º, da Lei nº 8.080/90, ao dispor que, na incorporação de novos medicamentos ou produtos pela Conitec, devem-se considerar necessariamente “as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento”, o que significa dizer, em contrapartida, que não se podem admitir tratamentos com base em produtos experimentais.

Não há como proferir decisão de saúde sem a análise técnica fundada na MBE, ou, como pontua Clênio Jair Schulze: “Vale dizer, é preciso superar a arrogância jurídica, segundo a qual o Direito, por si só, contém elementos suficientes para resolver todos os problemas levados ao Judiciário” (SCHULZE, 2018, p. 79).

Como acentuado por Lenir dos Santos, o que tem sido confirmado em diversos eventos nacionais e internacionais, “a indústria, muitas vezes, é mais da doença que da cura e que nem sempre há dig-

nidade em morrer no hospital, na UTI, cheio de tubos, longe do afeto familiar, em nome de uma falsa ou suposta possibilidade de prolongamento da vida” (SANTOS, 2010, p. 170).

Essa constatação foi alcançada no “Septimo Encuentro Salud Derecho”, realizado em Montevideo, nos dias 3,4 e 5/9/2018, e que teve como tema “*Sostentabilidad de los sistemas de salud em America Latina: Un diálogo entre actores para proponer el derecho a la salud y el acceso universal a los medicamentos de alto precio*”.

Após aquele Encontro, foi publicado, no Comitê da Saúde de Minas Gerais, sob minha coordenação, o seguinte informe:

No *Septimo Encuentro Salud Derecho*, realizado em Montevideo, entre 3 e 5/9/18, chegamos à seguinte constatação:

Grande parte da Indústria Farmacêutica está determinada a construir a ‘Indústria da Doença’.

Criam-se medicamentos a preços milionários, com promessas milagrosas, muitas vezes baseadas em frágeis evidências de cura ou sobrevida digna. Em boa parte dos casos, parecem focar apenas o lucro, com preços cada vez mais abusivos, em face de resultados clínicos duvidosos.

Muitas vezes utilizados como peões propagadores dos medicamentos milagrosos, as associações de pacientes, formadas por familiares fragilizados com a situação clínica de parentes próximos, são cooptados com fornecimento extemporâneo dos medicamentos, para que em seguida busquem forçar os sistemas públicos de saúde a adquirirem seus produtos, por meio da judicialização.

O Poder Judiciário, sensível às dores e direitos individuais e aos apelos dos familiares, acaba determinando gastos públicos vultosos, em que, na grande maioria, o beneficiário de fato é essa “Indústria da Doença”, mitigando o acesso da população à Atenção à saúde, em face de um orçamento finito e impactado pela crise econômica.

Saúde não tem preço, mas tem custo de oportunidade, já que o recurso desperdiçado em tratamentos de altíssimo valor e com

baixas evidências de resultado impacta inevitavelmente em toda a população, principalmente aqueles que dependem do sistema público de saúde.

Nós, magistrados, precisamos ficar atentos à Medicina Baseada em Evidências, quando se pretende acesso a medicamentos, produtos ou serviços de saúde que estão fora das políticas públicas (DRESCH, 2018).⁴

Essa é uma realidade que não pode passar despercebida aos magistrados que decidem demandas de alto custo, em relação a medicamentos, produtos ou procedimentos não incorporados na política pública.

Portanto, quando o paciente pretende o acesso a medicamentos, produtos ou procedimentos fora da política pública, cumpre-lhe provar a eficácia, acurácia e segurança para o tratamento pretendido, informando a inexistência de medicamento ou tratamento nas políticas públicas que tenham a mesma eficácia terapêutica. Ainda lhe cabe indicar a existência de registro na Anvisa e a incapacidade de aquisição pessoal do medicamento, produto ou procedimento.

Ao Poder Público deve ser dada a oportunidade de manifestação prévia, no prazo mais exíguo possível, antes da decisão liminar, para justificar a recusa, indicar as políticas públicas existentes para o caso, sobretudo das alternativas terapêuticas aos medicamentos, produtos ou procedimentos pretendidos pelo paciente, assim como a existência de pactuação na CIB ou na CIT sobre o tema.

Aliás, a concessão de medida liminar *inaudita altera parte* deve ser medida excepcional, quando for premente, no caso de perigo de ineficácia da medida por aguardar a manifestação da parte adversa.

A MBE será o fundamento delimitador para evitar o eventual acesso desmensurado e abusivo à saúde sem base científica.

⁴ Disponível em: <http://www.comitesaudemg.com.br/www/informe-de-saude/>.

5 Considerações finais

O detalhamento do texto constitucional e a sua ratificação na normatização infraconstitucional deixam claro que, no Brasil, a saúde é reconhecida como um direito humano fundamental social, com a atribuição de responsabilidade comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para a instituição das políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário nas ações e serviços de saúde, independentemente da condição financeira do paciente.

A responsabilidade comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é apenas sistêmica, de modo que se refere ao dever de implementar as políticas públicas necessárias para garantir o acesso à saúde.

A determinação constitucional de criar uma rede regionalizada e hierarquizada fundamenta a repartição de competência e distribuição de atribuições entre os gestores, cujas regras devem ser aplicadas como regra de fracionamento da solidariedade.

Como a União e os Estados são responsáveis por prestarem apoio técnico e financeiro aos Municípios, aqueles respondem subsidiariamente pela falta ou falhas nos serviços oferecidos pelo ente federativo municipal. A regra inversa não se aplica, porque os Municípios apenas são os responsáveis pela atenção básica, de modo que não respondem pela falha nas obrigações de responsabilidade do Estado e da União.

Portanto, o Município é parte passiva ilegítima para figurar em demanda na qual se busca acesso ao Ceaf, ou quando se pretende acesso a procedimento de média ou alta complexidade quando não tiver pactuado a responsabilidade na CIT (Lei nº 8.080/90, art. 19-U).

A garantia constitucional de acesso universal e igualitário como direito social deve ser entendida como garantia de todas as pessoas, independentemente da sua origem e condição financeira.

Por força do art. 7º, II, da Lei nº 8.080/90, a integralidade de assistência da saúde deve estar orientada “como conjunto articulado

e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”, observados os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas, o que significa dizer que se trata de integralidade regulada.

Nada impede que, em razão da peculiaridade do caso, o paciente pretenda o acesso a medicamentos, produtos ou procedimentos fora das políticas públicas (integralidade regulada), cabendo-lhe provar, por relatório médico detalhado, que ateste: a) a inexistência ou a ineficácia daquilo que constar das políticas públicas; b) a eficácia, acurácia e segurança do acesso diferenciado pretendido; c) a aprovação na Anvisa; e d) a incapacidade financeira para aquisição própria ou pela família.

Referências

AITH, Fernando *et al.* Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 10-39, mar./jun. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82804/85759>. Acesso em: 28 maio 2015.

BLIACHERIENE, Ana Carla; RUBIM, Thiago; SANTOS, José Sebastião dos. Delimitação do sentido normativo dos princípios doutrinários do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização dos políticas públicas de saúde. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Coord.). *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.657.156 1ª Seção Cível, Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. em 25/4/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1657156&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA-AgR 175/CE. Agravo regimental em suspensão de tutela antecipada. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente), j. em 17/3/2010, *DJe* de 30/4/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>. Acesso em: 18 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. TF - RE-AGR N° 393175/RS, Relator: Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 12/12/2006, *DJe* de 2/2/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 18 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n° 657.718 MG e n° RE n° 566.471 RN, Repercussão Geral (Tema 500), Relator: Min. Marco Aurélio, j. em 18/11/2011, *DJe* de 12/3/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 855.178-SE, Relator: Min. Luiz Fux, j. em 25/2/2015, *DJe* de 16/3/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>. Acesso em: 29 nov. 2018.

CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos. Impacto deslocativo no orçamento público estadual em face de decisões judiciais. In: GUERRA, Evandro Martins; CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos de (Coord.). *Controle externo: estudos temáticos*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

CLARK, Otávio; ARAÚJO, Denizar Vianna. Medicina baseada em evidências como ferramenta para as decisões judiciais. In: BLIACHE-RIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

DALLARI, Sueli G. *Justice and access to health care*. Item 4. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/justice-healthcareaccess>. Acesso em: 11 set. 2014.

DRESCH, Renato Luís. Informe de saúde. In: FÓRUM NACIONAL DO JUDICIÁRIO PARA A SAÚDE DO CNJ, 11 set. 2018. Disponível em:

<http://www.comitesaudemg.com.br/www/informe-de-saude>. Acesso em: 24 set. 2018.

GORDON, Noan. *Ofísico: a epopeia de um médico medieval*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

HARARI, Yuval Noach. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 32. ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 2018.

LEDUR, José Felipe. *Os direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MINAS GERAIS. Comitê Estadual da Saúde. Disponível em: <http://www.comitesaudemg.com.br/www/informe-de-saude/>. Acesso em: 24 set. 2018

NORDENSTROM, Jorgen. *Medicina baseada em evidências: seguindo os passos de Sherlock Holmes*. Porto Alegre: Artmed Editora, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946*. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/>. Acesso em: 22 set. 2018.

ROSEN, George. *Da polícia médica à medicina social*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e sistema único de saúde: conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde. In: SANTOS, Lenir (Org.) *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010.

SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde a incompreensão do SUS. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Coord.). *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHULZE, Clênio Jair. *Judicialização da saúde no século XXI*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

SCHULZE, Clênio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Direito à saúde e políticas públicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VARELLA, Dráuzio. Imposição pelas mãos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 18/3/2018. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/colunas/drauziovarella/2018/03/imposicao-pelas-maos.shtml. Acesso em: 22 set. 2018.

“*Ele [Ulysses Guimarães] explicou que, nos últimos dias, recebera inúmeras ofertas de canetas para que assinasse a Constituição, mas, em homenagem a seus auxiliares, se decidira pela caneta que lhe foi presenteada pelos funcionários da Câmara dos Deputados.*”

Diário de Natal

Natal, 6 de outubro de 1988.



Perspectiva para o julgamento da ADPF nº 442/DF: a tese da descriminalização do aborto até a 12^a semana de gestação e a contribuição de Ronald Dworkin para solucionar casos difíceis

Renzzo Giacomo Ronchi
Juiz de Direito em Minas Gerais

1 Introdução

Como se sabe, foi realizada recentemente audiência pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal para subsidiar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, que sustenta a descriminalização do aborto até a 12^a semana de gestação.

Em verdade, o PSOL propõe seja declarada a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária nas primeiras 12 semanas.

A questão, por certo, é muito polêmica, principalmente porque, no debate público, é possível perceber a divisão de grupos bem

formados: aqueles que, sob o aspecto religioso e sagrado, defendem que seria juridicamente proibido que a mulher realize o aborto a partir do momento da concepção. Ainda, aqueles que sustentam que o feto, desde a concepção, é um sujeito de direito, motivo pelo qual deve ser assegurada a vida. E, de outro, aqueles que, à luz de temas como saúde pública, direitos humanos e direitos das mulheres, querem que a mulher tenha autonomia sobre o seu corpo, sendo preservada sua escolha e sua integridade física e psíquica.

Não há dúvida de que o tema passa pela análise da Constituição da República de 1988, haja vista que envolve os limites do exercício da jurisdição constitucional e sua legitimidade democrática, sendo o Poder Judiciário chamado, mais uma vez, para se pronunciar sobre um assunto que deveria, em tese, ser objeto de discussão no âmbito do Poder Legislativo.

Além disso, se porventura o Supremo Tribunal Federal acolher o pedido formulado na ADPF nº 442/DF, como o aborto é um delito sediado no Código Penal, que trata dos crimes contra a vida, terá que necessariamente definir o início da vida humana? Ou poderá até mesmo relativizar a vida em uma eventual ponderação com outros princípios como dignidade da pessoa humana e proporcionalidade? É possível relativizar a vida? Faz sentido declarar qualquer outro direito se, antes, não for assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo?

Essas questões afetam diretamente os limites de atuação da jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte Brasileira e deverão ser enfrentadas quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442/DF, pretendendo este texto valer-se da contribuição do notável Jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin para esclarecer a metodologia que poderá nortear o debate, para não afetar a legitimidade do julgamento e o princípio democrático.

2 O aborto no Código Penal

O Código Penal trata do aborto nos arts. 124 a 128. Precisamente nos arts. 124, 125 e 126 estão definidos os delitos; no art. 127 está prevista a forma qualificada do crime e no art. 128 estão previstas as causas de exclusão da ilicitude.

Para tipificar o crime de aborto, o Código Penal adotou a teoria concepcionista, segundo a qual a vida humana começa a existir a partir da fecundação. Assim, à luz da dogmática penal, há aborto qualquer que seja a fase da evolução fetal. Nesse caso, a proteção penal surge a partir do momento em que as células germinais se fundem, com a constituição do ovo ou zigoto, até aquele em que se inicia o processo de parto, pois a partir daí o crime será de homicídio ou infanticídio (MASSON, 2011, p. 65).

O bem jurídico tutelado é, portanto, a vida intrauterina.

O Código Penal prevê as seguintes hipóteses de aborto criminoso: quando provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124), quando provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125) ou com o seu consentimento (art. 126). Dispõe ainda sobre a forma qualificada do delito no art. 127, que se configura quando, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave ou lhe sobrevém a morte. Nesses casos, as penas cominadas são aumentadas de um terço (em caso de lesão corporal) ou duplicadas (em caso de morte).

As hipóteses de aborto legal estão previstas no art. 128 do Código Penal¹ e ocorrem quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário) ou quando a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (aborto humanitário ou sentimental).

¹ A título de informação, embora conste no art. 128 do Código Penal a expressão “não se pune”, o que leva a entender se tratar de uma causa de exclusão da punibilidade, a doutrina penalista é unânime em dizer que se trata de causa de exclusão da ilicitude.

Para essa segunda hipótese (estupro), não se exige autorização judicial, bastando um registro de ocorrência e o consentimento expresso da gestante, pois se presumem verdadeiras as declarações prestadas à autoridade policial.

Segundo Queiroz, “não se pode pretender uma autorização judicial, sob pena de o tempo decorrido inviabilizar o abortamento seguro” (QUEIROZ, 2013, p. 84).

Essas eram as únicas hipóteses legais que o ordenamento jurídico disciplinava permitindo o aborto. Logo, em qualquer outra situação, isto é, fora dessas hipóteses legais, o aborto seria punido como crime.

Importante acentuar que, para a segunda hipótese de aborto legal (estupro), existem renomados doutrinadores que sustentam sua inconstitucionalidade, ao fundamento de que o direito à vida, de envergadura constitucional, sobrepõe-se em face de aspectos sentimentais da mulher.

Para Frederico Marques,

É santo o ódio da mulher forçada ao bruto que a violou. Concluir daí que este ódio se estenda à criação que sobreveio a essa violência é dar largas ao amor-próprio ciumento do homem, completamente alheio à psicologia feminina. Um filho é sempre um coração de mãe que passa para um novo corpo (MARQUES, 1999, p. 219).

A citação de seu pensamento busca demonstrar o quão polêmico sempre foi o tema do aborto. Não é por outro motivo que essa linha de pensamento, impossibilidade do aborto em caso de estupro, também encontra amparo no pensamento de outro grande jurista brasileiro, Ives Gandra Martins Silva, para quem “a Constituição Federal não admitiu a hipótese de aborto sentimental, porque, pela primeira vez, faz menção ‘a inviolabilidade do direito à vida’” (2008, p. 146).

Se essa corrente, embora minoritária, já revela a dificuldade de consenso sobre o assunto, o tema assume maior complexidade, quan-

do se trata da chamada anencefalia, cuja hipótese não tem previsão no Código Penal, gerando divergência de posições e conferindo margem para manifestações ideológicas de cunho filosófico, moral e religioso.

Há aqueles que sustentam que “o próprio monstro tem sua existência protegida pela lei penal” (HUNGRIA, 1953, p. 37), razão por que o aborto seria punido, mesmo na hipótese de anencefalia, enquanto outros entendem que a conduta do médico é atípica, pois o anencéfalo não possui vida humana que legitima a intervenção do Direito Penal.

O tema foi objeto de debate e julgamento na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, conforme será visto no tópico seguinte.

3 O julgamento da ADPF nº 54/DF

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, o Brasil é o quarto País com o maior índice de fetos anencéfalos. A incidência é de cerca de um caso para cada 700 (setecentos) nascimentos.²

Assim, como se trata de uma hipótese não prevista no art. 128 do Código Penal, médicos não estavam autorizados a realizar o procedimento médico adequado, sendo necessária a obtenção de uma decisão judicial por meio de alvará judicial em procedimento de jurisdição voluntária.

Sucedee que, não obstante a gravidade da anomalia do feto, não raras vezes tais pedidos eram negados por juízes, sob o fundamento de que o aborto representaria violação ao direito natural à vida.

Foi nesse contexto de insegurança jurídica, ora pedidos autorizados pelo Poder Judiciário, ora pedidos idênticos sendo negados, que, em 16 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou arguição de descumprimento de preceito

² Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/brasil-e-o-quarto-pais-com-maior-numero-de-casos-de-anencefalia.htm>>. Acesso em: 8 set. 2018.

fundamental, assinada pelo então advogado, Dr. Luís Roberto Barroso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, pedindo, em síntese, que se procedesse a uma interpretação, conforme a Constituição, do conjunto normativo que trata do aborto (art. 124, 126, *caput*, e art. 128, incisos I e II, do Código Penal), reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado.

Perceba-se que essa questão somente foi levada ao Supremo Tribunal Federal depois de 60 (sessenta) anos de vigência do Código Penal.³

Em resumo, a tese sustentada pela CNTS era de que, na hipótese de anencefalia, a antecipação terapêutica do parto não deveria ser considerada como aborto, porque a ausência de cérebro, do ponto de vista científico, acarretava inviabilidade do feto e, por conseguinte, essa anomalia importava na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade, restando apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. Assim, a anencefalia é incompatível com a vida extrauterina, sendo fatal em 100 % (cem por cento) dos casos, sendo o prognóstico médico de sobrevivência de no máximo algumas horas após o parto, quando a morte do feto ainda não ocorre no período intrauterino.

A ação foi distribuída por sorteio ao Ministro Marco Aurélio, sendo que, por se tratar de recesso forense, concedeu, monocraticamente,

³ É bem verdade que nem mesmo seria possível, antes da vigência da Constituição da República de 1988, pois, segundo jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal, precisamente firmada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, *DJe* de 21/11/1997, não é possível a declaração de inconstitucionalidade de textos legais anteriores à vigência da Constituição, uma vez que, nesses casos, a solução perpassa pela técnica da não recepção das normas legais. Foi somente com a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Emenda Constitucional nº 3/1993 e, posteriormente, por meio da Lei nº 9.882/1999 (art. 1º, parágrafo único, inciso D), que regulamentou referida ação constitucional, que textos legais anteriores à Constituição passaram a ser submetidos ao crivo do Supremo Tribunal Federal.

mente, a medida cautelar pleiteada pela CNTS para o fim de não apenas determinar a suspensão de todo e qualquer processo que versasse sobre a matéria, mas, também, para reconhecer o direito constitucional da gestante de “submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto”.

Ao submeter a decisão ao plenário por imposição legal (art. 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental), a Corte, por maioria — após questão de ordem suscitada pelo Ministro Eros Grau —, cassou a segunda parte da medida cautelar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, isto é, a parte que autorizava à gestante submeter-se ao tratamento terapêutico de parto de fetos anencefálicos. Essa decisão colegiada foi proferida na data de 20 de outubro de 2004, ou seja, quase 4 (quatro) meses após a concessão da medida cautelar.

Essa questão de ordem foi marcada por densos debates entre os ministros, sendo necessárias algumas sessões até que a Corte decidiu por cassar a medida cautelar.

Nem mesmo com sua sensibilidade poética, o Ministro Carlos Ayres Britto conseguiu convencer os seus pares sobre a necessidade de manutenção da medida liminar concedida.

A propósito, essas foram algumas de suas palavras ao proferir o seu voto:

[...] a anencefalia é coisa da natureza. Embora como um desvio ou mais precisamente desvario, não há como recusar à natureza esse episódico destrambelhar. Mas é cultural que se lhe atalhe aqueles efeitos mais virulentamente agressivos de valores jurídicos que tenham a compostura de proto-princípios, como é o caso da dignidade da pessoa humana. De cujos conteúdos fazem parte a autonomia de vontade e a saúde físico-moral da gestante. Sobretudo a autonomia

de vontade ou liberdade para aceitar, ou deixar de fazê-lo, o martírio de levar às últimas consequências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quiçá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Hollanda ('A saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu'), pois o fruto de um parto de anencéfalos não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto nem berço nem enxoval nem brinquedo, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este mundo de Deus (QO na ADPF nº 54/DF, Ayres Britto, voto de vista).

Assim, como a medida cautelar foi cassada, mulheres de todo o País que estavam grávidas de feto anencéfalo regrediram ao ambiente de insegurança jurídica, surgindo algumas situações: (i) aquelas que já tinham se submetido ao procedimento médico, seja por autorização judicial, seja por força dos efeitos temporários da medida cautelar concedida monocraticamente pelo Ministro Marco Aurélio; e (ii) aquelas mulheres, com casos de fetos anencéfalos que surgiram após a cassação da cautelar, que nutriam uma esperança de que o juiz do seu caso fosse sensível ao seu pleito. Dessas últimas, existiu um grupo relevante de mulheres que, em sendo os pedidos negados, viram-se obrigadas a suportar a gestação até o final.

Em setembro de 2008 - 4 (quatro) anos após a medida cautelar ter sido cassada - foi realizada audiência pública sobre a interrupção de gravidez por anencefalia. Durante o evento, que durou quase uma semana, foram expostos argumentos, palestras e dados científicos, sendo que na referida audiência pública estavam de um lado os defensores do direito das mulheres de decidir sobre prosseguir ou não com a gravidez de bebês anencéfalos, enquanto de outro estavam aqueles que acreditam ser a vida intocável, mesmo no caso de feto sem cérebro.

Mais de 20 representantes de entidades expuseram seus pontos de vista, subsidiando, assim, o julgamento de mérito da ADPF nº 54.⁴

Em 12 de abril de 2012 - quase 4 (quatro) anos após a audiência pública e quase 8 (oito) anos após a medida cautelar ter sido cassada -, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, acolheu o pedido formulado na petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para o fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

A ementa desse julgamento histórico tem o seguinte teor:

Estado. Laicidade. - O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. - Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 12/4/2012, *DJe* de 29/4/2013).

Portanto, no momento atual, existem três hipóteses de aborto previstas e aceitas pelo ordenamento jurídico: (i) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário, nos termos do art. 128, inciso I, do Código Penal); (ii) quando a gravidez resulta de estupro, e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (aborto humanitário ou sentimental, nos termos do art. 128, inciso II, do Código Penal); e (iii)

⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>>. Acesso em: 8 set. 2018.

antecipação terapêutica de parto em caso de fetos anencéfalos por força do julgamento da ADPF nº 54/DF, que possui eficácia geral e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição da República.

4 A tese do aborto até a 12ª semana de gestação e o julgamento do HC nº 124.306/RJ pela 1ª Turma do STF

Em 9 de agosto de 2016, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, decidiu que há inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.

O caso versava sobre prisões preventivas decretadas de médicos que estariam realizando abortos no Estado do Rio de Janeiro em mulheres cuja gestação ainda não tinha ultrapassado o primeiro trimestre.

Detalhando, o juízo de primeira instância concedeu liberdade provisória aos pacientes sob o fundamento de que “as infrações imputadas são de médio potencial ofensivo, com penas relativamente brandas, permitindo que, em caso de condenação, sejam aplicadas sanções conversíveis em penas restritivas de direitos ou, no máximo, a serem cumpridas em regime aberto”.

No entanto, em recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dando provimento ao referido recurso, decretou a prisão preventiva dos pacientes com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal (Recurso em Sentido Estrito nº 0065502-27.2013.8.19.0000, *DJe* de 12/3/2014).

Dessa decisão foi impetrado *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, que não foi conhecido, porém, mesmo assim, a Corte examinou o mérito e apontou não existir constrangimento no cárcere provisório sob a justificativa de que “não é ilegal o encarceramento

provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelos acusados, quais sejam a gravidade concreta do delito, demonstrada pela reprovabilidade exacerbada da conduta praticada e tentativa em evadir do local dos fatos” (HC nº 290.341/RJ, *DJe* de 19/3/2014).

Tanto a fundamentação externada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quanto a fundamentação apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça não foram suficientes para manter os pacientes presos preventivamente.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, em acórdão cuja relatoria foi designada ao Ministro Luís Roberto Barroso, julgou o caso reconhecendo a possibilidade da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Assim, a prisão preventiva dos pacientes foi revogada.

Em voto que conduziu o julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou as seguintes premissas: (i) violação a direitos fundamentais das mulheres (violação à autonomia da mulher, violação do direito à integridade física e psíquica, violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, violação à igualdade de gênero, discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres); e (ii) violação ao princípio da proporcionalidade.

O teor do acórdão ficou assim redigido:

Ementa: Direito processual penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão

presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 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 acumulam: (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 en-

contra 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. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (*HC* n° 124306/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, *DJe* de 16/3/2017).

Ainda que a decisão tenha sido proferida por uma das turmas do Supremo Tribunal Federal, certo é que sinaliza mais uma ampliação das hipóteses de aborto, permitindo, assim, que a mulher tenha absoluta autonomia sobre o seu corpo até os três primeiros meses de gestação.

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao refletir sobre o *status jurídico* do embrião durante a fase inicial de gestação, pondera sobre a existência de duas posições antagônicas em relação ao tema, anotando que a primeira corrente sustenta a existência de vida desde a concepção, isto é, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células, enquanto a outra vertente vai defender que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência — o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação — não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

Aponta o Ministro, ainda, que não há solução jurídica para esta controvérsia e que ela sempre dependerá de uma escolha de cada um a respeito da vida e, segundo ele, “exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher”.

Fica claro, portanto, que a tese condutora do julgamento no *HC* nº 124.306/RJ filia-se à corrente segundo a qual a vida humana somente se inicia quando há a completa formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência. Mas, para além dessa questão tormentosa — a difícil e delicada questão de se definir o momento em que se dá o início da vida humana —, optou-se, também, por se realizar uma ponderação do direito à vida, no caso de esta se iniciar com a concepção/fecundação, com outros princípios igualmente essenciais ao Estado Democrático de Direito, tais como dignidade da pessoa humana e proporcionalidade.

Colocadas essas questões, surge a seguinte indagação: o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442/DF, se porventura admitir a realização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação, estará legislando, ou seja, agindo como legislador positivo, ou julgando o caso em conformidade com as normas constitucionais?

É o que será visto no tópico seguinte.

5 A contribuição teórica de Ronald Dworkin para solucionar casos difíceis: o argumento de princípio e o argumento de política

Ronaldo Dworkin, nascido nos Estados Unidos, foi um filósofo do Direito e sucessor de Herbert L. A. Hart na cadeira de teoria geral do Direito em Oxford, na Inglaterra.

Com papel proeminente no debate público norte-americano, contribuiu para o Direito e para a política com inúmeros escritos ao longo de mais de 40 (quarenta) anos.

Por meio da análise de sua obra percebe-se que o filósofo defende “ideias de equidade, processo legal justo e direitos individuais como aspectos fundamentais da legalidade” (MORRISON, 2006, p. 496).

A sua notoriedade e importância na comunidade jurídica internacional é tão reconhecida ao ponto de Barbosa destacar o prestígio de Ronald Dworkin:

Merece especial atenção a quantidade de obituários, artigos em homenagem e outras movimentações que se seguiram logo após seu falecimento; tais fatos evidenciam ainda mais o prestígio que Ronald Dworkin teve e continuará tendo durante as próximas décadas. Diversos jornais de grande influência publicaram obituários no cenário lamentando o falecimento deste grande professor e destacando sua importância no cenário da filosofia do direito e da filosofia política: *The New York Times* afirmou, citando Thomas Nagel (Professor de Filosofia e Direito da New York University), que o poder analítico de Dworkin era amplificado pelo vigor e verve de sua escrita; o *Frankfurter Allgemeine Zeitung* o descreveu como um dos mais influentes pensadores jurídicos de língua inglesa do século passado, elogio similar àquele feito em matéria divulgada pelo jornal *El País*; o *Financial Times* o caracterizou como um dos filósofos liberais mais célebres da América; *The Guardian* o descreveu como o filósofo do direito mais original e influente do mundo anglofalante; no *The Washington Post* um dos entrevistados enfatiza que a visão do direito proporcionada pelos escritos de Dworkin irá influenciar o raciocínio jurídico durante gerações; *Der Spiegel* declara, no subtítulo da notícia, que ele foi considerado o filósofo do direito mais importante dos Estados Unidos; o sítio de notícias *Bloomberg* publicou um artigo escrito por Cass Sunstein (Professor da *Harvard Law School*) onde este assevera que Dworkin foi um dos filósofos do direito mais importante dos últimos 100 anos; *The New York Review of Books* buscou demonstrar que, além de ser um acadêmico reconhecido, Dworkin buscou discutir, nas últimas quatro décadas, as questões públicas norte-americanas mais controvertidas, como ações afirmativas, o aborto, a assistência ao suicídio, pornografia, sistema público de saúde, liberdades civis, a chamada ‘guerra ao terror’, bem como o que ele chamava de ‘decisões constrangedoramente ruins’ (*embarrassingly bad decisions*) da Suprema Corte dos

EUA, dentre diversos outros temas relevantes; no sítio da Faculdade de Direito da *University of Oxford*, John Gardner — que atualmente é professor de Teoria do Direito (*Jurisprudence*), cadeira que já foi ocupada por Dworkin — afirma, de forma lapidar, que existem diversos candidatos ao título de maior filósofo do direito do final do século XX, ‘mas ninguém disputa com Ronald Dworkin o título de mais inovador e mais provocativo. Concordando ou discordando [de suas teorias], é impossível ignorar o trabalho de Dworkin’ (BARBOSA, 2013, p. 293-294, grifos do original).

Crítico da noção de discricionariedade judicial, Ronald Dworkin introduz o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico.

Dworkin, cuja teoria do direito pressupõe um diálogo com a teoria da justiça de John Rawls, toma como ponto de partida do desenvolvimento de sua concepção a crítica da noção hartiana da textura aberta do direito, conforme a qual as situações não reguladas por regras ficariam no âmbito da discricionariedade (em sentido forte) do juiz. O argumento positivista levaria à tese de que, ‘quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade do direito. Ou, para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes’. E Dworkin é peremptório: ‘Ele [o positivista] conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício do seu poder discricionário — o que é falso’. Então, no sentido diametralmente oposto à tese da discricionariedade, Dworkin introduz sobretudo o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico. Os princípios vinculariam os juízes naquele espaço em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso (NEVES, 2014, p. 52).

Compreender Dworkin, portanto, é observar sua completa aversão à discricionariedade, e que suas teorias, em linhas gerais, procuram controlar o subjetivismo a partir de uma postura que leva em consideração o respeito à tradição, à virtuosidade do círculo hermenêutico e à integridade e à coerência do direito (STRECK, 2014, p. 436).

Nessa linha de pensamento, Dworkin vai defender que, mesmo nos chamados casos difíceis (*hard cases*), o juiz continua tendo o dever de “descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (2017, p. 126).

Dworkin defende que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas (2017, p. 132).

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio (DWORKIN, 2017, p. 36).

E, ao diferenciar o argumento de princípio do argumento de política, descreve o seguinte exemplo:

Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. Mas o que são os di-

reitos e os objetivos, e qual é a diferença? É difícil fornecer uma definição que não incorra em petição de princípio. Parece natural dizer, por exemplo, que a liberdade de expressão é um direito e não um objetivo, pois os cidadãos têm direito a essa liberdade por uma questão de moralidade política, e que o aumento da produção de material bélico é um objetivo e não um direito, pois contribui para o bem-estar coletivo, mas nenhum fabricante específico tem uma prerrogativa a um contrato governamental (DWORKIN, 2017, p. 141-142).

Percebe-se, portanto, que a proposta de Dworkin é encontrar uma forma de juízes e tribunais, ao se depararem com casos difíceis, decidirem de uma forma que não afete a integridade do Direito e não comprometa o princípio democrático.

Assim, observar a distinção entre tais argumentos é essencial para a adequada fundamentação dos pronunciamentos decisórios a partir de uma observação, por parte do julgador, de toda uma “consciência histórico efetual” (GADAMER, 1999).

Portanto, as decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Pode ser que o sistema político da democracia representativa funcione com indiferença nesse aspecto, mas funciona melhor que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiência (DWORKIN, 2017, p. 133).

6 Perspectiva para o julgamento da ADPF nº 442/DF à luz da contribuição de Ronald Dworkin

Em março deste ano, quando convocou audiência pública na ADPF nº 442/DF, a Ministra Rosa Weber considerou que a discussão

é um dos temas “mais sensíveis e delicados”, pois “envolve razões de ordem ética, moral, religiosa e de saúde pública e, ainda, a tutela de direitos fundamentais individuais”.

Embora a Ministra tenha recebido mais de 180 pedidos de habilitação, abrangendo entidades da área de saúde, institutos de pesquisa, organizações civis e instituições de natureza religiosa, foram deferidos pouco mais de 40 requerimentos, observando critérios de representatividade adequada, especialização técnica e/ou jurídica e garantia da pluralidade da composição da audiência.

Não se nega, portanto, que o tema divide a opinião pública e a própria comunidade jurídica.

A dúvida levantada neste texto reside na eventual argumentação que poderá ser levada em consideração pelo Supremo Tribunal Federal para decidir o caso.

Poderá o STF rejeitar o pedido sob o argumento de que a defesa do aborto nas 12 primeiras semanas de gestação constituiria uma decisão pautada por um “utilitarismo econômico” que ignora o dom sagrado da vida? Ou que a aceitação do aborto representa uma dilaceração dos valores fundamentais inerentes à família? Ou que o atalho tomado pelo PSOL, ao ajuizar a ADPF nº 442/DF, pretende forçar uma legislação genocida?

Ou, ao contrário, poderá o STF acolher o pedido formulado na ADPF nº 442/DF sob o argumento de que o aborto, embora reprovável, é questão de saúde pública, e não de tutela do Direito Penal? Ou, ainda, que as mulheres devem ter o direito de abortar, porque a cifra negra do crime de aborto é incrivelmente alta e que são pouquíssimos os casos de abortamento levados ao conhecimento do Poder Judiciário? E, também, que as mulheres precisam ser preservadas, considerando que os poucos casos que são levados às agências de repressão apenas refletem a seletividade inerente ao sistema, que possui como foco mulheres de baixa renda que, sem ter condições de custear um

procedimento seguro, acabam optando por drogas com efeito abortivo ou clínicas sem nenhuma estrutura? E, mais, a morte não apenas do feto, mas também de inúmeras mulheres, inclusive em idade prematura, que não resistem aos efeitos dos meios abortivos arriscados que utilizam? E, por fim, que as religiões não podem insistir em disseminar a misoginia?

Embora os argumentos sejam sólidos e mereçam séria consideração, respeitando opiniões contrárias, não poderão nortear o julgamento da ADPF nº 442/DF, pois todos constituem argumento de política e, por isso, devem ser enfrentados em local e momento próprios, qual seja no Congresso Nacional.

Isso não quer dizer que o Supremo Tribunal Federal está desautorizado a julgar o caso, mas apenas que o julgamento não poderá ser pautado por argumentos de política, e sim por argumentos de princípio, sob pena de o princípio democrático e a própria legitimidade do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, serem gravemente afetados.

A propósito da legitimação do controle de constitucionalidade, uma consideração se faz necessária. Ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais devem ser jurídicos (BARROSO, 2004, p. 54).

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Por outro lado, o longo princípio da separação de Poderes convive, inexoravelmente, com novas realidades, às quais precisa adaptar-se. Dentre elas, a de que a interpretação judicial – inclusive e sobretudo a interpretação da Constituição – frequentemente envolverá, além de um ato de conhecimento, um ato de vontade por parte do intérprete. Tal

vontade, todavia, não deve ser tida como livre ou discricionária, mas subordinada aos princípios que regem o sistema constitucional, às circunstâncias do caso concreto, ao dever de fundamentação racional e ao debate público (BARROSO, 2004, p. 57).

Nessa linha de pensamento, por se tratar de um delito contra a vida, necessariamente tal questão deverá ser objeto de debate entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Em outros termos, em caráter definitivo, o Supremo Tribunal Federal tem a oportunidade de dizer quando ocorre o início da vida humana e, eventualmente, mesmo quando já existe vida humana, se esse valor pode ser relativizado por outros valores.⁵

Assim, o Supremo Tribunal Federal estará julgando a ADPF nº 442/DF com base em argumento de princípio, afastando, dessa forma, o argumento de política do debate e, por isso, não comprometendo a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional, que é o de proteger a Constituição por meio do controle de constitucionalidade das leis.

A propósito da definição do início da vida humana, não se pode desconsiderar o julgamento da ADI nº 3.510/DF, proposta em face da Lei nº 11.105/2005, que versa sobre a pesquisa, terapia e a utilização de células-tronco excedentárias obtidas de embriões humanos produzidos mediante fertilização *in vitro* e que não foram transferidos para o útero materno.

Naquela oportunidade, a Corte Suprema do País, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado, tendo a ementa o seguinte teor, cuja transcrição, pela extensão de seu conteúdo, será feita apenas na parte que interessa ao tema do presente trabalho:

⁵ Há quem sustente ser a vida um direito absoluto: “O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à capital relevância, é superior a todo interesse” (GONET BRANCO; MENDES, 2015, p. 255). A tese é do primeiro autor.

Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação. I - O conhecimento científico, a conceituação jurídica de células-tronco embrionárias e seus reflexos no controle de constitucionalidade da Lei de Biossegurança. As ‘células-tronco embrionárias’ são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou *in vitro*, e não espontaneamente ou *in vida*. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas ou aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. [...]; III - A proteção constitucional do direito à vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implanto. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria ‘natalista’, em contraposição às teorias ‘concepcionista’ ou da ‘personalidade condicional’). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à proprieda-

de', entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (*in vitro* apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. IV - as pesquisas com células-tronco não caracterizam aborto. Matéria estranha à presente ação direta de inconstitucionalidade. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento *in vitro*. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado *in vitro* é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não

se pode cogitar. A ‘controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto’ (Ministro Celso de Mello). [...]; Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente (ADI nº 3510DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, *DJe* de 27/5/2010).

Uma leitura cuidadosa da ementa demonstra que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha sinalizado no sentido de reconhecer que a vida humana dependeria das “primeiras terminações nervosas”, por outro lado, fez questão de deixar anotado expressamente que o embrião disciplinado na Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) é aquele que não foi introduzido no colo do útero materno, de forma que a questão constitucional em debate naquele momento “não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto”.

Portanto, a questão em torno do início da vida humana ainda continua aberta e sem definição no Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto que pode ser objeto de exame é a eventual ponderação do direito à vida com outros valores fundamentais do ordenamento jurídico.

De certa forma, para a hipótese do aborto em caso de estupro, o próprio Código Penal afasta a essencialidade do valor vida, se considerada esta a partir da concepção, em decorrência da forma repugnante e cruel com que o feto foi gerado.

Ora, se o legislador naquele momento histórico de promulgação e vigência do Código Penal, no início da década de quarenta do século vinte, já admitia que o direito à vida não é absoluto e pode ser episodicamente afastado, quando a mulher sofrer estupro, parece-nos, assim, que tal ponderação pode vir a ser feita, agora em outro momento histórico, refletindo-se sobre a possibilidade de a mulher realizar o aborto em situação em que o feto se encontra em estágio inicial de desenvolvimento e sem a conclusão do sistema nervoso central, nas doze primeiras semanas de gestação.

É importante acentuar que o próprio Ronald Dworkin, em sua obra *Domínio da vida*, enfrentou o tema da proibição do aborto e analisou a questão à luz de duas correntes de pensamento muito difundidas na sociedade ocidental: o modo “derivativo” e o modo “independente”. Segundo a corrente “derivativa”, o feto, desde a concepção, é um sujeito com direitos individuais, razão por que ninguém poderia retirar do feto o seu direito à vida. A outra corrente, “independente”, vai sustentar que a vida tem um valor sagrado, devendo ser mantido como condição da permanência da equação existente entre humanidade e natureza.

Ambas as correntes, segundo Dworkin, são inválidas, não possuindo justificativa satisfatória.

Isso porque, quanto à corrente “derivativa”, se assim o fosse, nenhuma das duas hipóteses de aborto previstas legalmente no ordenamento jurídico brasileiro deveria existir, pois o direito à vida do feto é supremo, pouco importando se a concepção decorreu de estupro ou porque há risco de vida da mãe, não se podendo valorar se a vida dela é mais importante do que a do próprio filho.

Quanto à corrente “independente”, se também prevalecesse, estaria, assim, afrontando a liberdade religiosa, pois um Estado laico não pode proibir seus cidadãos de determinados atos com fundamento religioso (DWORKIN, 2003).

A obra não será objeto de maior aprofundamento, porque a questão é enfrentada no plano filosófico e moral, em um sentido mais abrangente de discussão, não sendo esse o propósito do texto, que delimitou a reflexão em torno da perspectiva para o julgamento da ADPF nº 442/DF à luz da contribuição de Dworkin para os chamados casos difíceis que devem ser resolvidos pelo Poder Judiciário, levando em consideração a diferença entre argumento de princípio e argumento de política.

Sua rápida menção, contudo, serviu para reforçar a complexidade de um tema tão delicado e polêmico para a opinião pública e a comunidade jurídica.

7 Conclusão

O presente texto pretendeu refletir sobre o papel que será exercido pelo Supremo Tribunal Federal, quando julgar a ADPF nº 442/DF, levando em consideração os limites do exercício da jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, demonstrou-se que o tema do aborto nas doze primeiras semanas de gestação, amplamente controverso no debate público, reclama bastante cuidado por todos os Ministros da Suprema Corte Brasileira, e que, mesmo se tratando de um caso difícil, não significa que possa ser abordado de forma subjetiva e com grau de discricionariedade.

A fim de evitar que tal ocorra, é preciso distinguir o argumento de princípio do argumento de política, e este último, embora mereça séria consideração, deve ser tratado em sede própria, isto é, em ambiente político composto por representantes do povo, que convivem diariamente com todo o tipo de pressão popular.

Em outros termos, embora muito relevantes no cenário atual, o julgamento em questão, acaso acolhido pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, não poderá ser pautado por argumentos políticos que defendem que as mulheres devem ter o direito de abortar, porque a cifra negra do crime de aborto é incrivelmente alta e que são pouquíssimos os casos de abortamento levados ao conhecimento do Poder Judiciário. E nem o argumento de que as mulheres precisam ser preservadas, considerando que os poucos casos que são levados às agências de repressão apenas refletem a seletividade inerente ao sistema, que possui como foco mulheres de

baixa renda que, sem ter condições de custear um procedimento seguro, acabam optando por drogas com efeito abortivo ou clínicas sem nenhuma estrutura. Igualmente não poderão ser considerados argumentos no sentido de que a proibição do aborto representa não apenas a morte do feto, mas também de inúmeras mulheres, inclusive em idade prematura, que não resistem aos efeitos dos meios abortivos arriscados que utilizam. Tampouco que as religiões insistem em disseminar a misoginia.

De outro lado, caso o pedido seja rejeitado, argumentos que sustentam o dom sagrado da vida e que o aborto consiste em dilaceração dos valores fundamentais inerentes à família também não podem nortear o julgamento, considerando o aspecto político e, também, religioso, sendo este último vedado pelo fato de a Constituição da República ter adotado o modelo de Estado laico.

Superando esses entraves, o Supremo Tribunal Federal, preservando o argumento de princípio, tem a possibilidade de debater, em definitivo, quando ocorre o início da vida humana e, eventualmente, se a própria vida humana, em estágio inicial de desenvolvimento e sem a conclusão do sistema nervoso central, nas doze primeiras semanas de gestação, pode ser objeto de ponderação com outros valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Esses, a título de exemplo, são argumentos de princípio que podem ser invocados pelo Supremo Tribunal Federal, que estará, assim, resolvendo o caso de forma técnica e jurídica, preservando o princípio democrático e a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional.

Outrossim, parece-nos possível, se considerados esses argumentos de princípio, que a Suprema Corte Brasileira autorize a realização do aborto nas doze primeiras semanas de gestação, haja vista que o feto, ainda neste momento, encontra-se em estágio inicial de desenvolvimento, sem a conclusão do sistema nervoso central.

Se a morte, do ponto de vista médico, é aquela que ocorre quando há morte encefálica, é sustentável a tese de que a vida, de outro lado, seja adquirida a partir da conclusão do sistema nervoso central.

Parafraseando Ronald Dworkin em sua obra *A Justiça de toga*, na qual, em diálogo fictício entre o Juiz da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes e o jovem Leander Hand,⁶ este, ao agradecer uma carona que lhe fora dada, diz: “faça justiça, Juiz!”, ouvindo, para sua surpresa do juiz norte americano, “não é esse o meu trabalho!”, espera-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 442/DF, tenha consciência dos limites de sua atuação e de que aplicar o direito, sem discricionariedade e subjetivismo, evitando argumentos de política, é fundamental para a manutenção da democracia (DWORKIN, 2010).

Referências

BARBOSA, Leonardo Figueiredo. Ronald Dworkin: uma homenagem a um filósofo porco-espinho. *Revista Direito e Práxis* [Dossiê Ronald Dworkin], v. 4, n. 7, p. 289-304, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 290.341/RJ, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 19/3/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, DJe de 21/11/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe de 27/5/2010.

⁶ Este, mais tarde, viria a se tornar Juiz na Corte Distrital de Nova York.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, *DJe* de 29/4/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Convocação para a audiência pública na ADPF nº 442/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processo-AudienciaPublicaAdpf54>>. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 124306/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, *DJe* de 16/3/2017.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millenium, 1999. v. 4.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GONET BRANCO, P. G.; MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, v. 5.

MARTINS SILVA, Ives Gandra. A dignidade da pessoa humana desde a concepção. In: MIRANDA, J.; SILVA, M. A. M. (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 143-150.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. São Paulo: Editora Método, 2011. v. 2.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Salvador: JUSPodivm, 2013.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

UOL NOTÍCIAS. Ciência e Saúde. Brasil é o quarto país com maior número de casos de anencefalia. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/brasil-e-o-quarto-pais-com-maior-numero-de-casos-de-anencefalia.htm>>. Acesso em: 8 set. 2018.

“ Ao seu [de Ulysses Guimarães] lado estavam o presidente José Sarney e o ministro Rafael Mayer, presidente do Supremo Tribunal Federal, que, assim como todos os constituintes, também prestaram juramento à Carta. Sarney estava trêmulo e acabou abaixando sua mão direita antes que terminasse de ler o juramento. ‘Todo poeta se emociona’, justificou. ”

Folha de São Paulo

São Paulo, 6 de outubro de 1988.



Musical notation for the song "Pátria amada, Brasil!". The notation is presented on three staves. The top staff shows a treble clef, a key signature of one flat (B-flat), and a common time signature (C). The middle staff contains the lyrics: *Pá - tria a - ma - da, Bra - sil!*. The bottom staff shows musical notes corresponding to the lyrics.

A gestão judiciária após a Constituição Federal de 1988

Roberta Araújo de Carvalho Maciel

Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias Municipais
da Comarca de Juiz de Fora

1 Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, houve o despertar da nação para os seus direitos, o que gerou um excesso de demandas nunca visto antes no Poder Judiciário, que, efetivamente, não estava preparado para receber a grande quantidade de ações decorrentes do acesso irrestrito à jurisdição.

Com isso, o acúmulo de serviço contribuiu para a morosidade do sistema judicial, redundando em descrédito para o Poder Judiciário.

A morosidade do sistema que rege os atos de jurisdição é reconhecida por todos, sendo evidente que constitui um problema para o acesso às decisões judiciais em prazo razoável, garantia fundamental prevista no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo nas garantias fundamentais asseguradas

a cada indivíduo, em clara demonstração da insatisfação da sociedade com a prestação jurisdicional, que, necessariamente, deve ser efetiva, tempestiva e adequada.

Nesse contexto, as readequações estruturais do Poder Judiciário são essenciais para tornar realidade o acesso à Justiça, de forma inclusiva, democrática e abrangente, de toda a sociedade.

2 Gestão pública contemporânea

O debate sobre a necessidade de modernizar as administrações públicas no Brasil, com vista a elevar a qualidade dos serviços públicos ofertados à sociedade, começou a ganhar dimensão em meados da década de 1990, na elaboração do Plano Diretor de Reforma do Estado (MARE). Desde aquela época, havia uma percepção de que o grande desafio do setor público brasileiro era de natureza gerencial. O principal objetivo era definir um modelo de gestão pública que fosse voltado para resultados e que satisfizesse os cidadãos (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 283).

A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, modificou a redação do art. 37 da Constituição Federal para estabelecer que a administração pública deve obedecer também ao princípio da eficiência.

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros (MEIRELLES, 2003, p. 94).

Em 2006, foi publicado o Decreto nº 5.707, que instituiu a política e as diretrizes para o desenvolvimento de pessoal da administração pública federal, propondo o desenvolvimento profissional com foco na

melhoria da qualidade dos serviços públicos, em que se inclui a adequação das competências requeridas dos servidores aos objetivos das instituições, utilizando o modelo de gestão por competências para os programas de capacitação.

A sociedade brasileira também passou a exigir maior transparência das ações governamentais, objetivando o aprimoramento da administração pública, exigindo uma prestação de serviços públicos de melhor qualidade e menor custo.

A sociedade tem reivindicado, da mesma forma, a melhoria nos serviços prestados pelo Poder Judiciário, o que está a indicar a necessidade de transformações, com a adoção de novos modelos de gestão para melhorar o seu desempenho, o que, certamente, exige a transformação das pessoas que constituem a força motriz do Poder Judiciário.

3 Gestão judiciária

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um grande aumento na quantidade de ações ajuizadas no Brasil, em razão da ampliação dos direitos dos cidadãos, principalmente no que concerne ao acesso à Justiça, tanto com relação aos interesses individuais como aos interesses coletivos e difusos, com o implemento de vários procedimentos judiciais para dar eficácia e efetividade aos direitos e garantias constitucionais.

Entretanto, não houve adequação proporcional da estrutura judiciária, que possui capacidade de julgamento inferior à demanda, ocasionando congestionamento na tramitação dos feitos. Conforme a 14ª edição do *Relatório Justiça em Números*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em toda a série histórica, o ano de 2017 foi o de menor crescimento do estoque, com variação de 0,3%, ou seja, um incremento de 244 mil casos em relação ao saldo de 2016.

A percepção comum é de que a Justiça não atende bem às necessidades da população, é lenta, favorece a impunidade e precisa de mudanças.

Conforme analisa Sadek:

O sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: demandas de menos e demandas de mais. Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, travancada e burocratizada.

As deficiências do aparelho judicial, somadas aos ritos processuais, criam situações de vantagem e/ou privilégios, portanto, de desigualdade. Assim, a ampla possibilidade de recursos facultada pela legislação favorece o ‘réu’, o ‘devedor’, adiando uma decisão por anos (SADEK, 2004).

Atualmente, a morosidade é o problema mais grave enfrentado pelo Poder Judiciário brasileiro. O retardo temporal na prestação jurisdicional tem se transformado no denominado “Custo Brasil” e influenciado, inclusive, a economia do país. A consequência social pela lentidão no trâmite processual tem levado o Poder Judiciário ao descrédito perante a sociedade. Dessa forma, mostra-se imprescindível o aprimoramento da prestação jurisdicional, com a modernização da administração judiciária.

Stumpf expõe as causas da morosidade no Poder Judiciário:

Decorre de várias causas, algumas cujo enfrentamento é possível a partir de iniciativas do próprio Judiciário, as causas internas. Outras, dependentes de solução a partir da intervenção de outros Poderes e de terceiros, as causas externas. Todas contribuem para o problema, mas aquelas geralmente aponta-

das como as mais importantes não podem ser assim admitidas simplesmente. A gestão de cada unidade, no somatório de iniciativas, aliada à utilização de ferramentas típicas da ciência da Administração são soluções viáveis para a lentidão. A mudança de cultura e o reconhecimento que a própria instituição pode promover a reforma da Justiça são as primeiras e imprescindíveis providências. O incentivo à criatividade e à inovação é o caminho a ser trilhado. O Poder Judiciário necessita estabelecer e incentivar processo sistemático de inovação como forma de alterar processos de trabalho na busca da eficiência da prestação jurisdicional. Cabe aos juízes, em especial, assumir este papel e liderar o processo de mudança (STUMPF, 2008).

As causas internas, portanto, podem ser enfrentadas diretamente pelo Poder Judiciário através da modernização da administração judiciária.

Haddad e Pedrosa (2014) destacam que não é só o imenso acervo processual que contribui para a morosidade judiciária, mas também a resistência em instituir medidas de gestão dos processos. Somos formalistas por tradição cultural, e a falta de cultura de gestão administrativa para enfrentar os desafios da modernidade leva o Poder Judiciário à morosidade na sua atuação.

Considerando que o Poder Judiciário não pode interferir no número de ações novas que são ajuizadas, sendo certo que o acesso à jurisdição é irrestrito, como perspectiva imediata, resta ao Poder Judiciário tornar-se mais eficiente, fazendo aumentar a sua produtividade apenas com o aperfeiçoamento da administração judiciária. E a boa gestão pressupõe planejamento, avaliação e monitoramento.

Matias-Pereira (2012) afirma que o planejamento é uma prática essencial na administração — pública ou privada —, devido aos benefícios que a utilização dessa ferramenta traz às organizações. Entre eles, pode-se destacar a elevação da eficiência, eficácia e efetividade da organização, pois contribui para evitar a desorganização nas operações, bem como para o aumento da racionalidade das deci-

sões, reduzindo os riscos e aumentando as possibilidades de alcançar os objetivos da organização.

Conforme destaca Aguiar Neto:

Faltam aos juízes conhecimentos de administração, conforme observado por Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite: ‘O Poder Judiciário brasileiro, entre outros problemas, ressent-se de uma melhor gestão administrativa. Creio que isso se deva, basicamente, à circunstância de que nós, juízes — não importa se em 1º grau de jurisdição, se nos tribunais de apelação, se nos tribunais superiores —, não nos preparamos para a atividade administrativa e, de repente, vemo-nos diretores de foro ou presidentes de tribunais, sendo que os nossos conhecimentos na área são rudimentares [...]’ Por essa falta de preparo, algumas situações acontecem à nossa revelia, e todo o Poder acaba ficando desgastado (AGUIAR NETO, 2009).

Em dezembro de 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, denominada Reforma do Judiciário, que trouxe alterações significativas para o sistema de Justiça e a magistratura como um todo e criou um órgão que revolucionaria a organização do Poder Judiciário — o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Carvalho Filho destaca que:

a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao acrescentar o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo que ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’, mandamento de feição de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos, praticamente tornando inócuo o princípio do acesso à justiça para enfrentar lesões ou ameaças a direito (art. 5º, XXXV, CF) (CARVALHO FILHO, 2016, p. 32).

A Reforma do Judiciário, instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, criou o CNJ, órgão voltado para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, proporcionando avanços para a melhoria da gestão do Poder Judiciário, como a criação de um planejamento estratégico e a instituição de metas aos Tribunais e aos magistrados, com a finalidade precípua de conferir maior eficiência ao sistema de Justiça.

O CNJ criou uma base de dados estatísticos que permite a instituição de um planejamento estratégico e o monitoramento de ações voltadas à melhoria da prestação jurisdicional. Foi criado o *Relatório Justiça em Números*, uma publicação anual do CNJ que apresenta os principais dados relativos à litigiosidade (números de processos iniciados, julgados e baixados), pessoal (número de magistrados e de servidores) e despesas orçamentárias, com indicadores que permitem aferir a produtividade, a celeridade e o acesso ao Poder Judiciário, entre outros dados, que subsidiam a Gestão Judiciária brasileira.

A partir do levantamento anual das informações sobre o funcionamento do Poder Judiciário, passaram a ser instituídas metas para cada ramo da Justiça, definidas anualmente no Encontro Nacional do Poder Judiciário. A definição das metas é feita com a participação dos Presidentes dos Tribunais e leva em conta as deficiências apontadas pelo *Relatório Justiça em Números* e os objetivos estratégicos do Poder Judiciário, também estipulados em parceria com os Tribunais.

As metas nacionais do Poder Judiciário, inicialmente metas de nivelamento, foram definidas pela primeira vez no 2º Encontro Nacional do Judiciário, que aconteceu em Belo Horizonte-MG, em 2009. Ao final do Encontro, os Tribunais brasileiros traçaram 10 metas de nivelamento para o Poder Judiciário no ano de 2009.

O CNJ instituiu a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição através da Resolução CNJ nº 194, de

26/5/2014, com o objetivo de estruturar e implementar medidas concretas e permanentes com vistas à melhoria dos serviços judiciários prestados pela primeira instância dos Tribunais brasileiros.

Essa medida tem impacto profundo, especialmente na alocação de recursos, historicamente concentrada na segunda instância.

De acordo com os indicadores do *Relatório Justiça em Números*, o primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário e, por conseguinte, aquele que presta serviços judiciários mais aquém da qualidade desejada.

O CNJ, através da Resolução nº 198, de 1º/7/2014, dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário, implementando diretrizes nacionais para nortear a atuação institucional de seus órgãos, revisando o plano estratégico estabelecido pela Resolução CNJ nº 70/2009 e instituindo a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2015/2020 – Estratégia Judiciário 2020.

Haddad e Pedrosa destacam que:

A definição de plano institucional de médio e longo prazos permite dar tratamento institucional às ações empreendidas com a garantia da sua não interrupção, sinaliza para todos os agentes o sentido a ser empreendido nas diversas ações, substitui o caráter personalista das gestões bienais para administrações institucionais, otimiza a utilização de recursos orçamentários, cria referenciais de comparação necessários à fixação de metas de desempenho, além de inúmeras outras vantagens (HADDAD; PEDROSA, 2014, p. 28).

É certo que o magistrado deve exercer a jurisdição com independência, sem qualquer interferência externa, decidindo com base no respectivo entendimento jurídico, ainda que não seja o majoritário. Assim, o ordenamento jurídico garante aos juízes a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95 da Constituição Federal), bem como assegura a ampla liberdade aos magistrados na condução dos processos (art. 765 da CLT e art. 370 do CPC).

Contudo, a independência judicial não pode representar recusa, por parte do magistrado, à adoção do planejamento estratégico, que, evidentemente, não constitui qualquer interferência que possa, eventualmente, comprometer o mérito das decisões judiciais. Portanto, incumbe ao magistrado seguir as diretrizes que norteiam a gestão estratégica do Poder Judiciário, mesmo com dificuldades locais na respectiva unidade judiciária, pois tais diretrizes visam à melhoria da prestação jurisdicional.

Em 2010, o CNJ estabeleceu, dentre as Metas Prioritárias, a Meta 5, que visava implantar método de gerenciamento de rotinas (gestão de processo de trabalho) em pelo menos 50% das unidades judiciárias de 1º grau até dezembro de 2010.

É certo que o Poder Judiciário precisa otimizar a tramitação dos feitos, com a eliminação de fluxos desnecessários, na busca de melhor desempenho, tornando-se mais produtivo, com o aperfeiçoamento da administração judiciária.

Para o alcance desse objetivo, é indispensável o prévio conhecimento da carga processual, das principais fases de congestionamento, do tempo de duração dos feitos até o encerramento e do custo de cada processo. É preciso saber com que velocidade se dá o crescimento da demanda, quais são as maiores fontes de litígio e onde ocorrem os piores impactos, a fim de que se possam formular políticas adequadas de resposta.

O Poder Judiciário precisa buscar novas maneiras de atender às demandas da sociedade com eficiência, efetividade e celeridade. Afinal, a missão fundamental do Poder Judiciário é a prestação jurisdicional com qualidade, eficiência e presteza de forma a promover a paz social.

Desse modo, precisa ser viabilizada a implementação de uma gestão eficiente, que absorva as inovações, promovendo a criatividade dos servidores da secretaria para a geração de propostas que contri-

buam para o aprimoramento do serviço, o que é muito positivo para o engajamento de todos, gerando motivação e ambiente criativo.

É importante a avaliação de resultados, pois os indicadores de resultado viabilizam a compreensão sobre o trabalho realizado, sobre o cumprimento das metas, possibilitando a criação de novas formas de atuação para a obtenção de melhores resultados.

É essencial, da mesma forma, a aceitação de pensamentos conflitantes que possibilitam a criação de novas ideias coletivamente, com reconhecimento das habilidades e esforços individuais, viabilizando, desse modo, a satisfação e motivação de todos os servidores.

Em resumo, é preciso reinventar a forma de gerir as secretarias judiciais, repensando os processos de forma criativa e original, tudo com o objetivo de dar mais qualidade e celeridade à prestação jurisdicional.

O CNJ publicou a Resolução CNJ nº 219/2016, que dispõe sobre a distribuição e movimentação de servidores, de cargos de comissão e de funções de confiança nos órgãos de primeira e segunda instâncias dos Tribunais para garantir a eficiência operacional do primeiro grau de jurisdição, fixando prazo para efetiva implementação das diretrizes até julho de 2017.

A gestão da secretaria judicial deve estar fundamentada em uma visão sistêmica em que o ponto central se encontra na captação das expectativas da sociedade, que devem ser compreendidas pela equipe, com a respectiva adequação da estrutura e ações estratégicas visando primordialmente ao atendimento das demandas dos cidadãos.

O planejamento estratégico na secretaria judicial é, portanto, um processo continuado e sistêmico de tomada de decisão, em que os planos são revistos permanentemente conforme a evolução das circunstâncias, considerando-se as demandas da sociedade, pois suas atividades se destinam diretamente para o bem-estar da sociedade.

4 Conclusão

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que garantiu o acesso irrestrito à jurisdição, houve um excesso de demanda que sobrecarregou o Poder Judiciário, que não estava preparado para tanto, contribuindo para a morosidade do sistema judicial, redundando em descrédito para o Poder Judiciário.

Assim, o problema atual do Poder Judiciário brasileiro é a demora na prestação jurisdicional, causada pelo excesso de demanda, por obstáculos decorrentes da legislação processual, deficiências estruturais e de gestão. Dessa forma, compete ao Poder Judiciário aprimorar os serviços judiciais, com providências de ordem administrativa, tornando-se mais eficiente, uma vez que não pode interferir no ajuizamento de novas ações, sendo certo que o acesso à jurisdição é irrestrito, e a legislação processual é de competência do Poder Legislativo.

Desse modo, mostram-se essenciais as readequações estruturais do Poder Judiciário para viabilização do acesso à Justiça por toda a sociedade, com uma prestação jurisdicional eficiente que promova efetivamente a paz social.

Para uma prestação jurisdicional eficiente, é essencial o bom funcionamento das secretarias judiciais. Assim, mostra-se necessária uma gestão cartorária que viabilize o atendimento das expectativas da sociedade, que é uma prestação jurisdicional adequada em prazo razoável.

A gestão estratégica exige que o magistrado conheça a capacidade estrutural da sua unidade jurisdicional para o planejamento do trabalho da equipe, com avaliação frequente das rotinas visando à racionalização dos procedimentos para obtenção de excelência na prestação jurisdicional.

Evidencia-se, dessa forma, a importância da gestão eficiente do Poder Judiciário, trazida à luz pela Constituição Federal de 1988,

para obtenção de uma prestação jurisdicional efetiva, eficiente e em prazo razoável, de forma a atender aos anseios de toda a Nação Brasileira, viabilizando o acesso à Justiça, de forma inclusiva, democrática e abrangente de toda sociedade.

Referências

AGUIAR NETO, Ruy Rosado de. *Estatística básica aplicada à administração judiciária*. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4221/DMPPJ%20-%20RUY%20ROSADO%20DE%20AGUIAR%20NETO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 04 set. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 set. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 maio 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 04 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. Decreto nº 5.707, de 23 de fevereiro de 2006. Institui a política e as diretrizes para o desenvolvimento de pessoal da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Diário Oficial da*

União, Brasília, DF, 24 fev. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5707.htm. Acesso em: 03 set. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 198, de 1º de julho de 2014. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2029>. Acesso em: 04 set. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 219, de 26 de abril de 2016. Dispõe sobre a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo grau e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n219-26-04-2016-presidencia.pdf. Acesso em: 25 set. 2016.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. *Planejamento estratégico para cartório*. Disponível em: http://ead.enfam.jus.br/pluginfile.php/24120/mod_resource/content/10/UNIDADE%201.pdf. Acesso em: 11 set. 2016.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; PEDROSA, Luís A. Capanema. *Administração judicial aplicada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2014.

JUSTIÇA em Números. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 04 set. 2016.

MACIEIRA, Maria Elisa. *Gestão administrativa e política das instituições jurídicas públicas*. Disponível em: <http://docplayer.com.br/7839150-Gestao-administrativa-e-politica-das-instituicoes-juridicas-publicas.html>. Acesso em: 03 set. 2016.

MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de gestão pública contemporânea*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

META 2 de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/799b69453dc7f076ed1e0e9fd1883b3c.pdf>. Acesso em: 04 set. 2016.

METAS 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-prioritarias-de-2010>. Acesso em: 04 set. 2016.

METAS Nacionais. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>. Acesso em: 04 set. 2016.

MINAS GERAIS. Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001. Contém a organização e a divisão judiciárias do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=59&comp=&ano=2001&texto=consolidado>. Acesso em: 04 set. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Resolução nº 827, de 29 de junho de 2016. Dispõe sobre o desdobramento do Planejamento Estratégico pelas Unidades Judiciárias da Justiça Comum de Primeiro Grau. *Diário Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 29 jun. 2016. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re08272016.pdf>. Acesso em: 04 set. 2016.

PRIORIZAÇÃO do 1º grau de jurisdição. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao>. Acesso em: 04 set. 2016.

PROGRAMA Gestão de Primeira - Padronização, rumo à excelência na prestação jurisdicional. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/acoes-e-programas/gestao-de-primeira/apresentacao/>. Acesso em: 04 set. 2016.

REGO PEREIRA, Giancarlo da Silva. *Gestão estratégica: revelando alta performance às empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 51, may/aug. 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>). Acesso em: 03 set. 2016.

STUMPF, Juliano da Costa. Poder Judiciário: morosidade e inovação. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2759/DMPPJ%202008%20-%20Juliano%20da%20Costa%20Stumpf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 set. 2016.

TAVARES, Mauro Calixta. *Gestão estratégica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

“ Mas o ponto alto [da sessão solene de promulgação] – assumindo um caráter de enterro simbólico do autoritarismo – foi o pronunciamento de Ulysses. Rico em imagens poéticas e marcado por forte conteúdo político, ele foi interrompido 53 vezes pelos aplausos dos constituintes. ”

O Globo

Rio de Janeiro, 6 de outubro de 1988.



Regime jurídico da aposentadoria com proventos integrais por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável

Rodrigo Martins Faria

Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais; ex-Juiz de Direito do Estado de São Paulo; ex-Assessor Jurídico e ex-Assistente Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; Bacharel em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura; Pós-Graduando em Direito Público pela Uniderp.

1 Introdução

O sistema previdenciário instituído pelo texto original da Constituição da República previa que a aposentadoria por invalidez permanente, quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, dar-se-ia com “proventos integrais”, correspondentes aos do cargo em que se desse a aposentação, e proporcionais (ao tempo de contribuição) nas demais hipóteses de aposentadoria por invalidez permanente, *verbis*:

Art. 40 [redação original]. O servidor será aposentado: I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos.

A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, implementando a segunda grande reforma no sistema previdenciário brasileiro, instituiu, em respeito ao princípio contributivo e ao correlato princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, novo sistema de cálculo dos proventos de aposentadoria, os quais, a partir de então, devem observar as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência.

A esse propósito, Coelho leciona:

Por sua vez, com a promulgação da EC nº 41/03, foram assentadas as seguintes inovações: [...] c) substituição do instituto da integralidade pelo sistema e cálculo dos proventos com base na média aritmética das contribuições do servidor aos regimes de previdência aos quais, porventura, esteve vinculado; [...] (COELHO, 2009, p. 45).

Assim, o texto constitucional, no tocante à aposentadoria do servidor público, e para o que aqui interessa, ficou assim conformado:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais

ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

[...]

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

[...]

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.

Contudo, o novo texto constitucional rendeu ensejo a substancial divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao critério para o cálculo dos proventos de aposentadoria por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável (art. 40, § 1º, inc. I, CRFB), quando não preenchidos os requisitos para aposentadoria voluntária com proventos proporcionais ou integrais.

Assim, de um lado, tem-se a tese de que os proventos devem ser calculados com base nas contribuições vertidas pelo segurado ao sistema previdenciário (art. 40, § 3º, CRFB). Por outro lado, parcela da doutrina e da jurisprudência entende que o inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição da República, ao se utilizar da preposição “exceto”, estaria a indicar que os casos de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, são situações excepcionais e, como tais, devem ser tratadas excepcionalmente.

2 Desenvolvimento

Fixadas essas premissas, tem-se que o segurado surpreendido com um infortúnio da vida não pode ficar socialmente desassistido, daí

a necessidade de se calcular os proventos de aposentadoria sem considerar a proporcionalidade (ao tempo de serviço) e também o “reductor” previsto pelo § 3º do art. 40 da Constituição da República (e regulamentado no art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004).

Trata-se de entendimento sobre o qual já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, proferida nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 809.579/MG, nos seguintes termos:

A Constituição Federal disciplina a aposentadoria de servidores públicos por invalidez, em seu art. 40, § 1º, I, quando prevê que serão devidos proventos proporcionais, exceto quando a invalidez permanente decorrer de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável grave.

[...]

A Lei Federal nº 10.887/04, editada para regulamentar o § 3º do art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela EC 41/03, determina que:

‘Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência’.

A mencionada lei trata da regra geral de cálculo dos proventos da aposentadoria, nada registrando acerca da exceção, constitucionalmente prevista, de aposentadoria por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável grave. Dessa forma, correto concluir que o cálculo baseado na média aritmética simples das maiores remunerações não se aplica ao caso em comento.

Portanto, não assiste razão ao recorrente, uma vez que o acórdão recorrido está de acordo com entendimento desta Corte, no sentido de que, em caso de aposentadoria por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável grave, serão devidos proventos integrais. Nesse sentido confira-se: RE 175980, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20/2/1998; AI 601.787 – AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ 7.12.2006. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, § 1º, RISTF, e 557 do CPC).

Destaque-se que ao Supremo Tribunal Federal foi reservada institucionalmente a missão constitucional de zelar pela guarda da Constituição e, portanto, dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional.

O entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal foi pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça,¹ consoante se percebe no seguinte acórdão que julgou o Mandado de Segurança nº 14.160/DF, assim ementado:

Mandado de Segurança. Servidor público civil. Aposentadoria por invalidez. Mal de Parkinson. Doença prevista no rol taxativo do art. 186 da Lei nº 8.112/90. Previsão de proventos integrais. Emenda Constitucional 41/03. Não aplicação em virtude da excepcionalidade prevista no art. 40, § 1º, I, da CF/88. Direito do impetrante à percepção da aposentadoria na forma integral. Ordem concedida. - 1. A aposentadoria por invalidez decorrente de enfermidade grave e incurável gera direito à percepção do pagamento integral dos proventos, nos termos do art. 40, § 1º, I, da CF/88 e do art. 186, I, da Lei nº 8.112/90. 2. A 3ª Seção deste Tribunal pacificou o entendimento de que a Emenda Constitucional nº 41/03, ao extinguir o cálculo integral para os benefícios concedidos nos termos do art. 40, § 3º (aposentadorias) e § 7º (pensões), da Carta Magna e da Lei nº 10.887/04, excetuou expressamente os casos em que o pagamento deve ser percebido

¹ Deve-se ponderar, contudo, que vários dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça que compõem a dita jurisprudência pacificada também se referem a casos concretos regidos pela antiga sistemática previdenciária.

integralmente, como no caso de Servidor Público aposentado por invalidez permanente, decorrente de doença grave, prevista no rol taxativo da legislação regente. 3. *In casu*, o impetrante comprovou com a apresentação de laudo oficial ser portador do Mal de Parkinson, doença que consta do rol taxativo do art. 40, § 1º, I, da CF/88, de sorte que a aplicação do cálculo aritmético previsto na Lei nº 10.887/04 pela Administração viola o princípio da estrita legalidade e a garantia constitucional de irreduzibilidade de vencimentos. 4. Ordem concedida para anular o trecho da Portaria nº 1.497, de 21.10.08, do Advogado-Geral da União, que determinou o cálculo proporcional da aposentadoria do impetrante, devendo ser mantido o pagamento integral dos proventos, em conformidade com o art. 40, § 1º, I, da CF/88, nos termos do parecer do MPF.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no âmbito jurisdicional, pacificou o entendimento adotado perante os Tribunais Superiores, podendo-se apontar, exemplificativamente, acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 1.0024.08.041230-7/002,² ementado nos seguintes termos:

Constitucional. Servidor. Aposentadoria. Invalidez permanente. Doença grave. Integralidade. Art. 40, § 1º, I, da CF/88. Aplicabilidade. Art. 40, § 3º, da CF/88. Cálculo redutor de proventos. Afastamento. - Na forma do art. 40, § 1º, I, da Constituição da República, o servidor aposentado por invalidez permanente decorrente de doença grave tem direito a proventos integrais, em razão de circunstâncias especiais, situação de exceção, e, portanto, não ressoa legítima e razoável a incidência do redutor no cálculo dos proventos previsto pela Lei federal nº 10.887/04, editada em razão do art. 40, § 3º, da Carta Magna, com a redação dada pela EC nº 41/03, de caráter geral. Precedentes.

² No mesmo sentido: Mandado de Segurança nº 1.0000.10.042720-2/000; Mandado de Segurança nº 1.0000.10.021196-0/000; Mandado de Segurança nº 1.0000.09.495414-6/000; Apelação cível nº 1.0024.09.485953-5/002; Apelação cível nº 1.0024.09.503337-9/002; Apelação cível nº 1.0024.08.941831-3/003; Agravo de instrumento nº 1.0024.08.278022-2/001; Apelação cível nº 1.0024.07.485589-1/005; Apelação cível nº 1.0024.06.198527-1/001; Apelação cível nº 1.0024.03.927281-0/001; Agravo de instrumento nº 1.0024.10.197999-5/001.

Destaque-se, outrossim, que, consoante alguns dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,³ os servidores da Administração Pública direta do Estado de Minas Gerais estão submetidos imediatamente à força normativa da Constituição do Estado de Minas Gerais, cujo art. 36, até o advento da Emenda à Constituição mineira n° 84, de 22 de dezembro de 2010, ostentava redação idêntica ao texto original da Constituição da República:

Art. 36. O servidor público será aposentado: I - por invalidez permanente, com proventos integrais, quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais, nos demais casos.

Em abono a essa tese, o Ministério da Previdência Social editou a Orientação Normativa n° 02/2009, a qual dispõe, em seu art. 56, § 1°, que “Lei do respectivo ente regulamentará o benefício de aposentadoria por invalidez, devendo disciplinar: I - a definição do rol de doenças;”, devendo-se frisar que a referida orientação normativa disciplina o exercício da competência suplementar complementar constitucionalmente conferida aos Estados-membros em matéria previdenciária, conforme pontua Coelho:

Quanto à definição do rol das doenças e dos demais critérios relativos à aposentadoria por invalidez, compete a cada ente público disciplinar, sendo imprescindível a promulgação da respectiva lei. A título de ilustração, verifica-se que o art. 186, § 1°, da Lei n° 8.112/90 arrola, embora não taxativamente, as doenças consideradas graves, contagiosas ou incuráveis, para fins de concessão do benefício aos servidores públicos federais (COELHO, 2009, p. 48).

³ Nesse sentido: Apelação cível n° 1.0024.03.927281-0/001; Mandado de Segurança n° 1.0000.09.495414-6/000; Mandado de Segurança n° 1.0000.10.042720-2/000; Agravo de instrumento n° 1.0024.10.197999-5/001, Relator Des. Afrânio Vilela, p. em 24/11/10.

Com efeito, o Estado de Minas Gerais, no exercício da citada competência suplementar complementar constitucionalmente conferida em matéria previdenciária às Unidades Federativas, houve por bem editar a Lei nº 869, de 05 de julho de 1952 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais —, cujos art. 108, alíneas *c*, *d* e *e* e 110, inciso II, asseguram expressamente o direito de aposentadoria por invalidez com proventos integrais, sem prejuízo do disposto no art. 108, alínea *e*, última parte, segundo o qual toda situação incapacitante para o serviço público enseja a aposentadoria por invalidez permanente com “proventos integrais”, *verbis*:

Art. 108. O funcionário, ocupante de cargo de provimento efetivo, será aposentado: [...] *c*) quando verificada a sua invalidez para o serviço público; *d*) quando inválido em consequência de acidente ou agressão, não provocada, no exercício de suas atribuições, ou doença profissional; *e*) quando acometido de tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, cardiopatia descompensada, hanseníase, leucemia, pênfigo foliáceo, paralisia, síndrome da imunodeficiência adquirida — AIDS —, nefropatia grave, esclerose múltipla, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, mal de Paget, hepatopatia grave ou outra doença que o incapacite para o exercício da função pública (alínea com redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 44, de 5/7/1996.)

[...]

Art. 110. Os proventos da aposentadoria serão integrais:

[...]

II - quando ocuparem as hipóteses das alíneas *c*, *d* e *e* do art. 108, e parágrafo 8º do mesmo artigo; [...].

Corroborando esse entendimento, a doutrina de Carvalho:

Tradicionalmente, o valor dos proventos era equivalente ao da remuneração do servidor quando em atividade, não havendo qualquer perda quando passasse à inatividade. [...] O mandamento básico do atual regime é o que se inscreve no art. 40, § 1º,

da CF, com a redação da EC 41/2003, segundo o qual o cálculo dos proventos deve observar as regras fixadas nos §§ 3º e 17 do mesmo art. 40, dispositivos também consonantes com a EC 41. No art. 40, § 3º, a Carta da República enuncia que, para o cálculo dos proventos, deverão, na forma da lei, ser ‘consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor’ pagas ao regime de previdência especial (regime próprio) ou ao regime geral de previdência social, disciplinado pelo art. 201 da CF. [...] Diante do vigente quadro constitucional, é possível catalogar as espécies de proventos em três categorias: 1ª) proventos integrais, aqueles cujo valor corresponde à remuneração da atividade; 2ª) proventos limitados, aqueles que equivalem ao limite máximo de pagamento de benefícios, embora o servidor auferisse remuneração superior quando em atividade; 3ª) proventos proporcionais, os que são calculados de forma proporcional ao tempo de contribuição do servidor. São devidos proventos integrais quando, inferiores ao limite máximo de valor dos benefícios, se tratar de: 1º) aposentadoria voluntária com o preenchimento de todos os requisitos (art. 40, § 1º, III, a, CF); 2º) aposentadoria por invalidez, quando houver acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável (CARVALHO FILHO, 2011, p. 645-646).

Ainda, no mesmo sentido destaca-se o entendimento de Di Pietro:

Na aposentadoria por invalidez permanente, os proventos são proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei (redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/03); embora a redação dê a impressão de que nestas últimas hipóteses haverá integralidade (já que constituem exceção à regra da proporcionalidade), a Lei nº 10.887, de 18/6/2004, estabeleceu uma forma de cálculo dos proventos que também implica proporcionalidade, porque, pelo art. 1º, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime previdenciário a que estiver vincu-

lado, correspondendo a 80% de todo o período de contribuição desde a competência de junho de 1994 ou desde o ano de início da contribuição, se posterior àquela data. Poderá até ocorrer que, nas hipóteses em que haveria integralidade (como exceção à regra da proporcionalidade), os proventos sejam menores do que nas hipóteses em que os proventos devem ser proporcionais ao tempo de contribuição. Na realidade, para a regra e para exceção, estabeleceu-se proporcionalidade. Em decorrência disso, não é possível aplicar à aposentadoria por invalidez o art. 1º da Lei nº 10.887, sob pena de inconstitucionalidade (DI PIETRO, 2010, p. 564).

Com efeito, as considerações aqui tratadas constituem-se nos pilares sobre os quais se assenta a jurisprudência majoritária do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,⁴ seja com fundamento no art. 36 da Constituição mineira, seja com fundamento nos art. 108 e 110 da Lei nº 869, de 1952, considerada a acepção literal da expressão “proventos integrais”.

Não sem razão, o Congresso Nacional editou a Emenda nº 70, de 29 de março de 2012, à Constituição da República, para incluir, no texto da Emenda nº 41, de 19 de dezembro de 2003, o art. 6º-A, com a seguinte redação:

Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da

⁴ Nesse sentido: Apelação cível nº 1.0024.03.927281-0/001; Mandado de Segurança nº 1.0000.09.495414-6/000; Mandado de Segurança nº 1.0000.10.042720-2/000; Agravo de instrumento nº 1.0024.10.197999-5/001, Rel. Des. Afrânio Vilela, p. em 24/11/10.

lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.

Destaque-se, entretanto, que a nova norma constitucional, por não ser meramente interpretativa, tem efeitos *ex nunc*, sendo, portanto, inaplicável para situações constituídas anteriormente à sua vigência.

3 Conclusão

Consoante o entendimento esposado, os proventos de aposentadoria por invalidez permanente, quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, devem equivaler à remuneração do cargo, haja vista a excepcionalidade da situação, que merece tratamento excepcional.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. Emenda constitucional nº 70, de 29 de março de 2012. Acrescenta art. 6º-A à Emenda Constitucional nº 41, de 2003, para estabelecer critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação daquela Emenda Constitucional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30/3/2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc70.htm. Acesso em: dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. Secretaria de Políticas de Previdência Social. Orientação normativa nº 02, de 31 de março de 2009. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2/4/2009. Disponível em:

<http://www.usp.br/drh/novo/legislacao/dou2009/mpsorientanormativa022009.html>. Acesso em: dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 14.160/DF, 3ª Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 23/3/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário 809.579, Rel. Ministro Gilmar Mendes, *DJe* de 17/9/2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COELHO, Daniela Mello. Regime de previdência dos servidores públicos. In: FORTINI, Cristiana. *Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MINAS GERAIS. Assembleia legislativa. *Lei nº 869*, de 05 de julho de 1952. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=869&ano=1952>. Acesso em: dez. 2018.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Minas Gerais*, 1989. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 1989. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=CON&num=1989&ano=1989>. Acesso em: dez. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.08.041230-7/002, Rel. Desembargador Manuel Saramago, *DJe* de 10/7/2009.

“ A Constituinte chega ao fim e cria o mais amplo regime de liberdades públicas da história do país. ”

Revista Veja
São Paulo, ano 20, nº 36,
7 de setembro de 1988.



Penhorabilidade de verbas salariais: hermenêutica constitucionalmente adequada para a solução do conflito aparente entre o direito fundamental do credor à efetividade da execução e a manutenção de vida digna do devedor

Roger Galino

Juiz de Direito (TJMG); Ex-Promotor de Justiça (MPPR); Ex-Assessor de
Ministro (STF); Especialista em Direito Processual Civil (FDRP - USP).

1 Introdução

Este artigo tem por objetivo sugerir soluções teóricas e práticas para equacionar, à luz da hermenêutica constitucional, o conflito surgido, a partir do impedimento legal à penhora de verbas remuneratórias (art. 833, IV, do CPC), entre o direito fundamental do credor à efetividade da execução e a manutenção de vida digna do devedor, sobretudo na ausência de outros bens passíveis de constrição no decorrer de demanda executiva.

A questão inflama calorosos debates no âmbito doutrinário e decisões das mais diversas ordens na esfera jurisprudencial.

O assunto, recentemente, voltou à evidência, posto com a chegada virtual e meramente retórica, prevista na segunda parte do § 2º do art. 833 do CPC, que excepciona — sem efeito prático algum —, a impenhorabilidade de verbas remuneratórias, na estreita e apertada medida em que permite a constrição de verbas salariais naquilo que exceda a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais.

Avanços e retrocessos marcaram a tentativa de regulamentação da matéria, desde o projeto inicial (PLS 166), apresentado em 2010, junto ao Senado Federal, até a sanção presidencial, em 16 de março de 2015, do atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), que, salvo a supracitada alteração — de diminuto impacto social —, ao fim e ao cabo, se manteve com o primitivo formato já delineado pelo Código Buzaid (Lei nº 5.869/73).

Segue-se o pressuposto de que o processo executivo, cuja leitura deve partir dos princípios e postulados constitucionais, possui relevante papel de pacificação social. Nessa perspectiva, é imprescindível a análise dos principais conceitos e institutos ligados à tutela jurisdicional executiva, como responsabilidade patrimonial, execução humanizada, democracia participativa, penhora e impenhorabilidade de bens sujeitos à execução.

Disso tudo se infere, com nitidez, a presença não velada da moderna hermenêutica constitucional, mormente em relação às normas de direitos fundamentais, seus princípios, modo de aplicação nas relações privadas e soluções aos conflitos decorrentes de colisão entre direitos fundamentais.

Daí a importância do intérprete e da pronta atuação do Poder Judiciário, cuja missão está em *realizar a Justiça* por meio da efetiva prestação jurisdicional, equacionando, caso a caso, os potenciais conflitos surgidos em torno do embate entre a (*im*)penhorabilidade de verbas remuneratórias e a colisão de direitos fundamentais.

Acrescente-se que a inquietude teórica busca trazer ao debate pauta indispensável ao sucesso e à eficácia das demandas executivas, especialmente pela manutenção irresponsável da lacuna legislativa quanto à solução equitativa da dicotomia *direito fundamental do credor à satisfação de seu crédito x dignidade humana do devedor*, sob a perspectiva da impenhorabilidade de verbas oriundas de relação laboral em sentido amplo.

Indaga-se: Qual a razão lógica, jurídica ou, sobretudo, ética, que justifica a tutela legal, abstrata e de fato absoluta, às verbas de natureza salarial percebidas pelo devedor, sem que se afira, caso a caso, e diante de princípios de envergadura constitucional, a real possibilidade de satisfação de um crédito legítimo definido em título judicial ou extrajudicial?

Ora, a satisfação do crédito titularizado legitimamente pelo credor, por meio de penhora séria de verbas oriundas de salários, vencimentos, subsídios ou quaisquer outras formas de contraprestação laboral, não significa, inexoravelmente, afronta direta ou indireta à dignidade humana do devedor.

É de todos sabido que a *tutela executiva*, cujo objetivo está na satisfação ou realização de um direito já acertado, visa à eliminação de uma crise jurídica de acerto. Satisfazer ou realizar um direito é, outrossim, fonte de dignidade do ser humano. Se o meio adequado consistir em penhora de verbas salariais, sem que isso represente potencial ameaça à manutenção da vida digna do devedor, não há razão alguma que justifique a precipitada vedação legal, de cariz absoluto ante o insignificante alcance da já mencionada segunda parte do § 2º do art. 833 do CPC.

Adiantando a destempe o remate do presente arrazoado, tem-se que a viabilidade ou não da penhora de verbas salariais não convém seja definida de modo absoluto pela letra isolada da lei (*ope legis*), mas se infira a partir das peculiaridades do caso levado a juízo, consideran-

do, pois, o ordenamento jurídico vigente, os fins sociais e as exigências do bem comum.¹ Isso tudo cuidadosamente examinado pelo juiz natural da causa (*ope iudicis*), a quem compete genuinamente resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, respeitadas as diretrizes constitucionais mínimas da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, equidade e eficiência.

É preciso lembrar que a criação judicial de soluções jurídicas

[...] exige do magistrado um modo peculiar de pensar o Direito, vinculado não apenas à identificação da regra legal, em si mesma considerada, e à sua incidência, de modo automático, em uma dada situação: deve o órgão jurisdicional dar especial atenção à repercussão da solução jurídica ‘criada’ para o caso na realização da própria atividade jurisdicional e na sociedade (MEDINA, 2013, p. 31).

Deve-se trilhar, pois, o caminho da hermenêutica constitucional das leis e das práticas processuais, potencializando sobremaneira a responsabilidade ética do magistrado, cuja função primordial está em reconhecer na Constituição o motivo maior de procura da democracia processual.

¹ Ao atuar no curso de uma ação de execução, assim, o juiz acaba por resolver diversas questões relevantes que não dizem respeito, necessariamente, à averiguação da existência da relação jurídica de direito material, mas à validade e adequação dos atos executivos, operação esta que reflete materialmente nas esferas jurídicas do exequente e do executado. O que melhor exprime a confluência de tais interesses, segundo nosso entendimento, é a incidência do princípio da proporcionalidade. Com efeito, tanto melhor será o resultado dessa modalidade de tutela jurisdicional, quanto mais celeremente realizar o direito do exequente, sem, contudo, sacrificar-se, de modo exorbitante e injustificável, a esfera jurídica do executado. A realização dos atos executivos, assim, deve observar os princípios da máxima efetividade e da menor restrição possível — que são elementos do princípio da proporcionalidade —, princípios estes que tutelam, respectivamente, exequente e executado (MEDINA, 2013, p. 31).

2 O processo executivo, disciplinado segundo as normas fundamentais da Constituição da República, enquanto instrumento de pacificação social

Com o propósito de executar julgados e títulos extrajudiciais, ao longo dos tempos, o Estado procurou aproximar-se do exaurimento de seu dever de pacificação social. Afinal, esse é um dos objetivos que caracterizam o Estado moderno, acomodando-se folgadoamente no conceito de *bem comum*, que é o seu objetivo-síntese, pondera e discerne, com razão, Cândido Rangel Dinamarco (2002).

Nessa especial tarefa, afastando da execução o viés de vingança privada, deve o Estado-juiz ordenar e fiscalizar a condução de atos constritivos em respeito aos limites de uma *execução humanizada*,² evitando constrições que sacrifiquem o devedor para além do indispensável à plena satisfação do credor.

Assim, se, de um lado, salvo as restrições estabelecidas em lei, o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, de outro, traz a lei processual um comando de contenção, ao prever, expressamente, que o credor ressarci-

² Trata-se da tendência à *humanização da execução forçada*. Da execução corporal passou-se à patrimonial e mesmo esta principiou, incidindo sobre todo o patrimônio do executado, para, num estágio ulterior, restringir-se ao necessário à satisfação do direito violado. Prescindindo de alguma forma incontrolada de realização dos interesses insatisfeitos, certamente existente nos primórdios da civilização romana (fundação da cidade: 753 a.C.), vamos surpreender a *manus injectio*, que deu origem a uma das mais antigas ações da lei (*legis actio per manus injectionem*), mas que, antes disso, foi pura e simples manifestação do poder de autotutela. A propósito desta, dizia a Lei das XII Tábuas (ano 450 a.C.): “aquele que confessa dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar. Esgotados os 30 dias e não tendo pagado, que seja agarrado e levado à presença do magistrado, se não paga e ninguém se apresente como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até ao máximo de 15 libras; ou pelo menos, se assim o quiser o credor. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério. Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará em altas vozes o valor da dívida. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre (Tábua III, nn. 4-9)” (DINAMARCO, 2002, p. 35).

rá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução (art. 776 cc. o art. 789, CPC).

Como se vê, a relação processual de execução consiste em um complexo legítimo de situações jurídicas ativas e passivas que se sucedem dialeticamente no decorrer do procedimento, com vistas a entregar ao vitorioso a medida pontual daquilo que tem direito a receber.

Ada Pellegrini Grinover, em sua obra *O processo em evolução*, destaca o *processo* não apenas como instrumento de realização do direito material, mas como um eficaz mecanismo de realização da justiça. Vejamos:

O processo, que até então era examinado numa visão puramente introspectiva e visto costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização do direito material, passou a ser examinado em suas conotações deontológicas e teleológicas, aferindo-se os seus resultados, na vida prática, pela justiça que fosse capaz de fazer. E o processualista moderno, consciente dos níveis expressivos de desenvolvimento técnico-dogmático de sua ciência, deslocou seu ponto de vista, passando a ver o processo a partir de um ângulo externo, examinando-o em seus resultados junto aos consumidores da justiça (GRINOVER, 1998, p. 6).

A ideia de pacificação social, por meio do processo executivo, não se contenta com o mero alcance da utilidade prática pretendida pelo credor. Exige, outrossim, a tutela do executado na medida em que lhe garante não sofrer mais do que o estritamente necessário para a satisfação do direito titularizado pelo credor.

Em outras palavras, a busca da pacificação social perpassa necessariamente pelo milimétrico posicionamento do fiel da balança na medida exata entre a efetividade agressiva da tutela executiva (princípio da *utilidade*) e o respeito estrito ao princípio da *menor onerosidade*.

Sente a doutrina moderna a insuficiência do exame puramente jurídico de institutos jurídicos, dada a incapacidade desse método para explicar os fenômenos do direito em face da significação social e política de cada um. Se existem razões para que o Estado institua um sistema processual e exerça a jurisdição, tais razões inserem-se num contexto de utilidade social e conveniência política, que as categorias jurídicas são impotentes para explicar (DINAMARCO, 2002, p. 190).

3 (Im)Penhorabilidade de bens sujeitos à execução

A *penhora* representa o ato inicial da expropriação. Trata-se de “providência de afetação de certo(s) bem(ns) à execução, individualizando, no patrimônio exposto à expropriação, a garantia genérica do cumprimento da obrigação [...], o(s) bem(ns) que, de fato, suportará(ão) a responsabilidade do obrigado” (ASSIS, 2013, p. 216).

Do conceito acima exposto, tira-se a dupla finalidade da penhora: individualizar bens ou direitos que componham o patrimônio do executado (i) e (ii) conservá-los incólumes para a satisfação futura dos direitos do exequente, objeto da demanda executiva.

O próprio Código de Processo Civil, entretanto, enumera situações que fogem à regra da penhorabilidade dos bens do executado. Cuida-se de bens considerados *impenhoráveis* (art. 833) ou *relativamente impenhoráveis* (art. 834)³ e, por conseguinte, excluídos da responsabilidade patrimonial, pois não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis (art. 832).

³ Quanto à classificação da impenhorabilidade, destaca-se o posicionamento de Leonardo Greco, que distingue as seguintes categorias: *impenhorabilidade intrínseca* (bens inalienáveis ou fora do comércio); *impenhorabilidade voluntária* (bens declarados como tal através de negócio jurídico, como o bem de família, a teor do art. 1.711, *caput*, do Código Civil); *impenhorabilidade instrumental* (bens objeto do benefício de competência); e *impenhorabilidade residual* (bens penhoráveis em alguns casos, como acontece no art. 650, CPC) (GRECO, 2001, n° 6.5).

Remonta aos primórdios da ordenação romana⁴ a limitação preliminar de afetação do bem ao mecanismo expropriatório, cuja principal finalidade sempre esteve na ideia de tutela ao estritamente necessário à sobrevivência do executado, de sua família e de sua dignidade.

Ignácio Poveda Velasco (2002) entende que a expressão *beneficium competentiae* representa a nova denominação da antiga regra romana *condemnatio in id quod facere potest*, que determinava que a condenação do devedor devesse respeitar os seus limites patrimoniais, de modo a evitar a responsabilidade pessoal, ainda permitida, mas já em declínio.

Essa complacência com a dignidade humana do devedor foi, segundo o pensamento de Leonardo Greco (2001, p. 13), “a origem da moderna impenhorabilidade, que, sem perder a sua inspiração inicial, passou a ser justificada pela doutrina com as mais variadas razões, como a ordem pública, o interesse do executado ou de terceiro, a decência, etc.”

O que não se discute é que a regra do *benefício de competência* traduz-se em um eficaz mecanismo de proteção ao patrimônio mínimo do devedor, que lhe garante sua sobrevivência digna e de sua família.

Daí, por exemplo, decorre a vedação legal de penhora do salário do executado, tema a ser abordado oportunamente, e a impenho-

⁴ Leciona sobre o tema Daniel Amorim Assumpção Neves (2007): “O direito romano passou por uma tímida, mas nítida humanização da execução a partir do momento em que passou a regular limites à atuação do exequente no processo executivo, em especial no tocante à limitação da morte e da divisão do corpo do executado. Enquanto não abandonou a ideia de vingança privada, entretanto, o direito romano não conseguiu se desvincular do excesso nos meios executivos visando à satisfação do direito do exequente. A doutrina que enfrentou o tema é unânime em apontar que a *Lex Poetelia*, do ano 326 a.C., representou o início da transformação da responsabilidade pessoal para a patrimonial. Passou-se a proibir a morte e o acorrentamento do executado e a prever de forma institucionalizada a satisfação do crédito mediante a prestação de trabalhos forçados, o que, se hoje em dia parece inaceitável, à época representou grande avanço. A ideia de vingança privada, entretanto, ainda continuava fortemente arraigada na mentalidade romana da época. [...] É nessa fase do direito romano que se passa a notar os primeiros traços de preocupação do legislador com a preservação do mínimo necessário para a manutenção do executado. Segundo informa Cândido Rangel Dinamarco, excluía-se da responsabilidade patrimonial ‘os bens pessoais necessários à subsistência deste, o dote, os bens pertencentes aos filhos, as insígnias honoríficas, os bens de terceiro’. Ainda que de forma embrionária, percebe-se algo próximo à impenhorabilidade de certos bens como previsto atualmente”.

rabilidade de parcela do faturamento de pessoa jurídica empresária, como forma de garantir a manutenção do seu funcionamento e, por conseguinte, preservar a função social da empresa.⁵

Independentemente da natureza da *impenhorabilidade*, dois princípios fundamentais devem ser observados: o da *tipicidade* e o da *disponibilidade*.

O primeiro evidencia que a impenhorabilidade há de resultar de regra expressa, ou seja, os casos de impenhorabilidade são estritos ou *numerus clausus*, nos termos da parte final do art. 789 do CPC. O segundo, de extraordinário relevo, dispõe que qualquer bem, ainda que rotulado de impenhorável, se disponível pelo devedor, poderá ser afetado à execução por sua livre e soberana nomeação.⁶

Releve-se, desde já, que a regra da impenhorabilidade, posto expresso mandamento típico, reclama interpretação ajustada à finalidade social, às exigências do bem comum e à hermenêutica constitucional voltada à concretização material da dignidade da pessoa humana, seja do executado, seja, na mesma medida, do exequente.

4 Diretrizes da contemporânea hermenêutica constitucional

Com a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do juspositivismo, surge o pós-positivismo jurídico, cuja concepção teórica é construída a partir de uma leitura moral do Direito.

Busca-se a superação da legalidade estrita sem, contudo, desprezar o direito posto.

Nesse conjunto de concepções, leciona Luís Roberto Barroso (2007), estão a atribuição de normatividade aos princípios e a fixação de suas relações com os valores e as regras. Há uma necessária aproximação entre o Direito e a Filosofia, impondo-se também, entre

⁵ Cf. REsp nº 803.435, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 18/12/2006.

⁶ Cf. REsp nº 1365418/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 16/4/2013.

as várias diretrizes de mudança paradigmática, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a implementação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais a partir da dignidade da pessoa humana.

O pós-positivismo abrange todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica, democrática, pluralista e aberta de valores (ALMEIDA, 2013).

No plano teórico, o pós-positivismo pretende evidenciar as insuficiências e limitações do positivismo tradicional e sua incompatibilidade com o neoconstitucionalismo, como ensina Lênio Luiz Streck:

Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim, a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma ‘ideologia política’ menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, nesse caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque esta separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico (STRECK, 2012, p. 133).

Ainda em relação aos avanços conquistados a partir da nova hermenêutica constitucional, sobretudo após a segunda metade do século XX, aponta Paulo Bonavides citado por Gregório Assagra de Almeida:

a) elaboração científica de um novo Direito Constitucional; b) criação de uma teoria material da Constituição diversa da sustentada pelo jusnaturalismo ou pelo positivismo formalista; c) superação da visão meramente jusprivatista e juscivilista para uma concepção em torno do ‘direito público’; d) uma nova interpretação, mais ampla, da Constituição e uma nova interpretação, mais restrita, dos direitos fundamentais, ambas autônomas e em recíproca sintonia; e) inserção do princípio da proporcionalidade no direito constitucional, com a ampliação da incidência do direito constitucional para todas as áreas do direito; f) conversão dos princípios gerais do direito em princípios constitucionais com eficácia normativa; g) elaboração de uma concepção de pluridimensionalidade dos direitos fundamentais, antes concebidos somente no plano da subjetividade; h) expansão normativa do direito constitucional para todas as áreas do Direito; i) consagração da tese mais importante, ‘[...] de que a Constituição é direito, e não ideia ou mero capítulo da Ciência Política, como inculcava a tese falsa de Burdeau e de outros constitucionalistas franceses filiados à linha de reflexão constitucional que se vinculava à ideologia já ultrapassada do liberalismo clássico’ (BONAVIDES *apud* ALMEIDA, 2013, p. 133).

Vê-se que o pós-positivismo coloca o constitucionalismo em substituição ao positivismo legalista, com profundas mudanças em alguns parâmetros, e cujas perspectivas podem ser assim condensadas: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica; ponderação no lugar de mera subsunção e fortalecimento do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais quanto à interpretação e aplicação da Constituição, em substituição à autonomia inquebrantável do legislador ordinário.

Por essa razão, tem-se que a norma legal proibitiva tirada da leitura isolada do art. 833, inciso IV, do CPC, não basta por si! Deve, antes, passar pelo filtro constitucional e ajustar-se à atual concepção teórica que impõe a leitura moral do direito, sobretudo quando em meio a conflito de direitos fundamentais.

Diante da escassez legislativa e do diminuto alcance da regra disposta no § 2º do art. 833 do CPC acerca da problemática da penhora responsável de verbas pecuniárias, nas hipóteses de colisão entre o direito fundamental do credor ao recebimento de seu crédito e o do devedor à manutenção de dignidade humana sustentável, defende-se a intervenção *ad hoc* do Judiciário.

A solução deve pautar-se de acordo com o sopesamento dos valores constitucionais envolvidos em cada caso concreto, advertindo-se, desde logo, o magistrado de que toda a limitação de ordem pragmática ao direito ao crédito deve corresponder à medida necessária para a garantia da dignidade do devedor. Nem mais nem menos.

A constatação teórica sobre o insignificante alcance social da norma prevista na segunda parte do § 2º do art. 833 do CPC — que permite a penhora de importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais — ganha reforço empírico a partir das conclusões extraídas da estatística subscrita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente à Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua 2016), de cuja conclusão se tira que o espectro de abrangência fática da norma em questão alcançaria em torno de 1% (um por cento) da população brasileira. Confira-se:

A massa do rendimento mensal real domiciliar *per capita* foi de R\$255,1 bilhões. Os 10% com menores rendimentos da população detinham 0,8% dessa massa, enquanto os 10% com maiores rendimentos possuíam 43,4%.

Entre os 205,5 milhões de pessoas residentes no país, 60,5% (124,4 milhões) possuíam algum tipo de rendimento. Desses, 42,4% (87,1 milhões) tinham rendimentos do trabalho e 24,0% (49,3 milhões) recebiam rendimentos de outras fontes.

Já o rendimento médio mensal de todas as fontes, que agrega a renda oriunda de todos os trabalhos e de outras fontes da população, foi de R\$2.053. O Sudeste apresentou os maiores valores (R\$2.461), enquanto os menores foram no Norte (R\$1.468) e no Nordeste (R\$1.352).

O 1% dos trabalhadores com os maiores rendimentos recebia R\$27.085, em média, ou 36,3 vezes mais do que a metade com os menores rendimentos de trabalho (R\$747).

Do rendimento médio mensal domiciliar *per capita*, 74,8% provêm do trabalho e 25,2% vêm de outras fontes: aposentadoria e pensão (18,7%); outros rendimentos (3,2%); aluguel e arrendamento (2,2%); e pensão alimentícia, doação e mesada de não morador (1,1%).

O índice de Gini, que varia de zero (perfeita igualdade) até um (desigualdade máxima), do rendimento mensal real domiciliar *per capita* foi de 0,549. Entre as grandes regiões, o menor índice foi no Sul (0,473), e o maior, no Nordeste (0,555).

As informações são do módulo sobre Rendimento de todas as fontes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016 (IBGE, 2016, grifos nossos).

É dizer o óbvio que a solução da problemática está em deixar o magistrado interpretar a letra do inciso IV do art. 833, com a achega do § 2º do art. 833 do CPC, à luz das especificidades do caso em apreço, conforme as diretrizes de hermenêutica constitucional, sobretudo nos limites do princípio da proporcionalidade.

5 Aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas

Indaga-se: Os direitos fundamentais, que originalmente foram pensados para regular as relações entre os indivíduos e o Estado, podem produzir efeitos nas relações das quais este não participa? Se sim, que efeitos podem ser esses e de que forma poderão ser realizados?

Virgílio Afonso da Silva (2005) responde que poucos são os publicistas que ainda restringem a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre os indivíduos e o Estado (relação vertical). A grande maioria deles aceita a existência de uma produção de efeitos desses direitos também nas chamadas relações horizontais, ou seja,

naquelas das quais o Estado não participa. O problema central que o tema coloca não é, portanto, o problema do “se” os direitos produzem efeitos nessas relações, mas do “como” esses efeitos são produzidos.

Isso tudo ganha especial reforço com a previsão expressa disposta já no art. 1º do CPC, segundo o qual “[o] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

6 Direito fundamental à tutela jurisdicional executiva

O momento é oportuno para equacionar, via hermenêutica constitucional, eventuais conflitos surgidos no decorrer de demandas executivas que envolvam a penhora de verbas pecuniárias.

Nessa esteira, o presente tópico tem por fundamento construir uma resposta científica robusta, indubitável, no sentido de que a tutela jurisdicional executiva se ajusta à concepção de direito fundamental, nos termos da própria Constituição da República.⁷ Busca-se, portanto,

⁷Em uma perspectiva mais abrangente acerca da influência constitucional sobre o processo, anota Ada Pellegrini Grinover: “Para o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, foi de muita relevância o florescer do estudo das grandes matrizes constitucionais do processo. O *direito processual constitucional*, como método supralegal de exame dos institutos do processo, significou sua análise a partir de dado externo, qual seja o sistema constitucional, que nada mais é do que a resultante jurídica das forças político-sociais existentes na nação. No Brasil, desde cedo, houve clima para os estudos constitucionais do processo. E isso porque a Constituição republicana de 1891 trasladou para o sistema jurídico muitos institutos do direito norte-americano, desde o princípio da unidade da jurisdição e da *judicial review* dos atos administrativos e legislativos, passando pelas garantias do *due process of Law* e culminando com os instrumentos constitucionais de defesa das liberdades. Por isso já surgiram, nos albores do século, os trabalhos de Rui Barbosa, traçando com maestria as coordenadas processuais do controle de constitucionalidade das leis, tal como havia sido transplantado do sistema norte-americano para o brasileiro. João Mendes Júnior despontaria, depois, como verdadeiro precursor dos estudos constitucionais do processo, apontando as bases e fundamentos constitucionais das garantias individuais, quer no processo civil, quer no processo penal. Analisando, nessa ótica, o *direito judiciário* e o Poder Judiciário, traçou as bases do *devido processo legal*, enquanto processo necessário para assegurar os direitos subjetivos tutelados pelo direito material. E por surgir o processo como instrumento para a *segurança constitucional dos direitos*, deve ele ser plasmado de forma adequada, sendo uma espécie de *processo natural* e devendo o procedimento ser modelado segundo as formalidades definidas por lei nacional” (GRINOVER, 1998, p. 6-7).

responder afirmativamente à seguinte indagação: É possível, no direito pátrio, cogitar-se a existência de um direito à tutela jurisdicional executiva com o *status* de direito fundamental?

É que a resposta positiva a tal questionamento permitirá que eventual conflito surgido entre credor e devedor, tendo por objeto o limite e o alcance da penhora de verbas pecuniárias, seja solucionado, para além da letra isolada do art. 833, IV, do CPC, à luz da hermenêutica constitucional, sobretudo em atenção ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista tratar-se de colisão de direitos fundamentais de idêntica ordem.

Com propriedade, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira é categórico ao afirmar que a tutela jurisdicional executiva foi recepcionada, pela atual ordem constitucional, com o *status* de direito fundamental. Aduz o autor que

[a] concepção de um direito fundamental à tutela jurisdicional executiva permite uma conexão com a teoria dos direitos fundamentais. Essa formulação atende à proposta contemporânea teórica de analisar o Direito Processual e, de modo particular, os direitos subjetivos processuais, na perspectiva dos direitos fundamentais (NOGUEIRA, 2009, p. 38).

O direito à tutela jurisdicional executiva, no âmbito da legislação infraconstitucional, surge do direito de o credor propor ação executiva (art. 786, CPC) ou promover a execução (art. 513, CPC). A primeira aperfeiçoa-se com a instauração de um processo, no qual o executado deve ser citado; a segunda, aquela que se realiza sem novo processo, como uma sequência natural da fase de conhecimento que lhe antecede.

No âmbito da Constituição Federal, parte-se da interpretação do inciso XXXV do art. 5º (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”), que consagra o *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, para, por conseguinte, afirmar a consagração do direito fundamental à tutela executiva.

Como se vê, da ordem jurídico-constitucional, que assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário, tira-se o mandato categórico de entrega da prestação jurisdicional efetiva da forma mais completa e convincente possível. Nessa linha, é a compreensão do “princípio da inafastabilidade”, que, na visão de Kazuo Watanabe,

[...] deve ser entendido não como uma garantia formal, uma garantia de pura e simplesmente ‘bater às portas do Poder Judiciário’, mas, sim, como *garantia de acesso à ordem jurídica justa, consubstanciada em uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz*. ‘O direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito’. *Também se pode retirar o direito fundamental à efetividade desse princípio constitucional, do qual seria corolário* (WATANABE *apud* DIDIER JÚNIOR, 2006, p. 54, grifos nossos).

Se a Constituição Federal, por meio do citado princípio da inafastabilidade — direito fundamental por excelência —, assegura o acesso ao Judiciário, a duração razoável do processo e a efetividade da tutela jurisdicional, a funcionalidade desse sistema, cujo intuito não é outro senão impor ao devedor o cumprimento de sua obrigação, ficaria em xeque se a tutela jurisdicional executiva fosse destituída de caráter *fundamental*.

Em outras palavras, não há nenhuma razão lógica ou jurídica em manter como *fundamental* o acesso ao Judiciário, a duração razoável do processo e a tutela jurisdicional, se esse conjunto de princípios não garantir, efetivamente, a satisfação do credor. Isso, advirta-se, nas hipóteses em que o montante percebido pelo devedor, a título de verbas remuneratórias, sobreleve o necessário à sua manutenção e de seus familiares.

Ora, não seria razoável determinar a penhora de parte do pró-labore recebido por um executivo, a fim de saldar uma dívida trabalhista remanescente da rescisão do contrato de trabalho de sua empregada doméstica, sem que isso comprometa a continuidade de sua vida digna?

E, mais:

1) Saldar dívida e cumprir obrigação legitimamente firmada não é fonte de dignidade humana?

2) E se a obrigação buscada pelo credor, de natureza igualmente alimentar, tiver por finalidade a manutenção de sua vida digna e de seus familiares?

3) A dignidade humana do credor não possui a mesma medida da do devedor?

A resposta a todos esses questionamentos tende a um mesmo objetivo: reconhecer à tutela jurisdicional executiva o *status* de direito fundamental.

É evidente que esse direito fundamental, na esteira de todos os demais previstos no texto constitucional, não é absoluto. Cederá, diante do caso concreto, se o valor remuneratório percebido pelo devedor for o necessário à sua sobrevivência digna e de seus familiares. Essa constatação, porém, deve ser aferida pelo magistrado de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Esse é o propósito pelo qual se entende imprescindível a regulamentação cuidadosa e factível da matéria. Não, porém, de modo estático e predeterminado, como preceitua o § 2º do art. 833 do CPC, senão por meio de *cláusula geral, aberta*, a ser preenchida pelo julgador de acordo com as especificidades de cada situação.

De todo modo, a fim de contornar a deficitária regulamentação da matéria, convém consultar de novo Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, que afirma que

[...] a norma que descreve o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva se amolda ao conceito de norma adscrita.⁸ Embora o texto constitucional não mencione expressamente a sua existência, é possível inferi-lo a partir de uma conexão entre o direito à tutela judicial efetiva e o direito fundamental à jurisdição ('direito de ação' no sentido restrito e clássico). Nessa formulação, o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva se apresenta veiculado como parte integrante do princípio do direito à tutela jurisdicional efetiva, havendo, assim, uma relação de conexão e adscrição entre direito à jurisdição e direito à tutela jurisdicional executiva (NOGUEIRA, 2009, p. 57).

Daí, chega o autor a duas conclusões:

1. O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva está presente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo veiculado como norma adscrita ao direito fundamental à jurisdição, introduzido a partir do enunciado do art. 5º, XXXV, da CF, estando subsumido no direito fundamental à tutela judicial efetiva.
2. A fundamentalidade do direito à tutela jurisdicional executiva possibilita uma otimização do uso adequado de meios executórios, prestigiando a tutela judicial efetiva, cabendo, em caso de colisão com outros direitos fundamentais, o uso da técnica de ponderação para a resolução do caso concreto (NOGUEIRA, 2009, p. 59).

Assim, identificada na tutela jurisdicional executiva a natureza de *direito fundamental*, fortalece-se sobremaneira a ideia de relativizar o dogma da impenhorabilidade *quase* absoluta de verbas pecuniárias, desprovida de estrito caráter alimentar, através do princípio da proporcionalidade (método da ponderação).

⁸ Segundo Robert Alexy, as normas de direito fundamental podem ser divididas em dois grupos: (a) normas diretamente estatuídas pela constituição e (b) normas a elas adscritas. As normas diretamente estatuídas são aquelas extraídas diretamente do enunciado normativo. Já a norma adscrita vale e é considerada uma norma de direito fundamental se para a sua adscrição é possível dar uma fundamentação jusfundamental correta (ALEXY, 2001, p. 92).

7 **Aparente colisão de direitos fundamentais e a respectiva solução**

Para José Carlos Vieira de Andrade (1987), haverá *colisão* sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta, ou seja, sempre que a esfera de proteção de um determinado direito for constitucionalmente protegida de modo a intersectar a esfera de outro direito igualmente fundamental e constitucional.

Duas são as esferas propícias para o surgimento dos conflitos de direitos fundamentais, denominadas, por Gomes Canotilho (1986), de *colisão autêntica* e *colisão não autêntica* ou *imprópria*. A primeira ocorre entre vários titulares de direitos fundamentais, e a segunda, entre bens jurídicos da comunidade e do Estado.

Interessa-nos, aqui, a melhor solução para as hipóteses de colisão autêntica de direitos fundamentais, pois o que se busca é legitimar a constrição responsável de verbas salariais, garantindo, na exata medida, a efetividade da tutela jurisdicional executiva, sem que isso signifique afronta à vida digna do executado.

Torna-se, então, indispensável, para a resolução dos problemas surgidos do sistema de direitos fundamentais, a interpretação constitucional. Aqui repousa a difícil missão de equilibrar valores aparentemente conflitantes e, ao mesmo tempo, aptos, por si sós, à solução integral do caso concreto.

Parte da doutrina admite, posto no campo da estrita excepcionalidade, uma valoração hierárquica entre as normas de direitos fundamentais, sobretudo quando em evidência o postulado da dignidade da pessoa humana.⁹

⁹ Gilmar Mendes, fazendo alusão à doutrina germânica, ressalta que Maunz-Dürig consagra a seguinte fórmula: “valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 283). Nessas hipóteses, não se pode descartar a existência de hierarquia diferenciada entre os diversos direitos fundamentais.

Porém, a doutrina capitaneada por Vieira de Andrade (1987), por outro lado, afirma que o conflito ou colisão de direitos fundamentais não pode ser resolvido com o recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais, tendo em vista que não se pode estabelecer uma hierarquia entre os bens, para, assim, sacrificar os tipos por menos importantes. São palavras do renomado autor: “Não se pode, além disso, ignorar-se que, nos casos de conflitos, a Constituição protege os diversos valores ou bens em jogo e que não é lícito sacrificar pura e simplesmente um deles ao outro” (ANDRADE, 1987, p. 221).

De todo modo, seja qual for a corrente adotada, ensina Gilmar Mendes que, “[p]ara solucionar o conflito, não se deve considerar as *circunstâncias do caso concreto*, pesando-se os interesses em conflitos, no intuito de estabelecer que princípio¹⁰ há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 274).

Esse juízo de ponderação a ser exercido no caso concreto está umbilicalmente ligado ao já estudado princípio da proporcionalidade, cuja orientação estabelece que o sacrifício de um direito deva ser útil para a solução do problema; que não haja outro meio menos danoso para se atingir o resultado desejado; e, por fim, que incida sobre a hipótese a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, que o ônus imposto ao sacrifício do direito não sobreleve o benefício que se pretenda obter com a solução.

É nesse contexto que Wilson Antônio Steinmetz (2001) resenhado por Paccelo (2001), propõe um método que torne possível a prevalência de um direito fundamental sobre outro, sem que isso re-

¹⁰ Para Gomes Canotilho (1986, p. 1.123), os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. Em outras palavras, são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandamentos de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível.

Por essa razão, Gilmar Mendes aduz ser factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai (MENDES; BRANCO, 2017).

presente afronta ao princípio da unidade constitucional. Esse método é denominado de *ponderação de valores* e operacionaliza-se por meio do princípio da proporcionalidade, que se compõe de três princípios parciais:

a) Princípio da adequação: exige que se investigue se a medida é apta, útil, idônea, ou seja, apropriada para atingir o fim perseguido;

b) Princípio da necessidade (ou da exigibilidade, indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima): trata-se de verificar se existe outra medida de restrição diferente da que se pretende utilizar, mas que seja igualmente adequada e eficaz, e menos prejudicial ao direito fundamental ameaçado;

c) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito: é a ponderação propriamente dita.

O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessiva, não-arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e proporcional (PACCELO, 2001).

Assim, para o fim de solucionar o aparente conflito entre princípios que correspondam a diferentes direitos fundamentais, urge a análise conjunta dos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade.

8 O papel do Juiz diante da normatização deficitária acerca da penhora de verbas pecuniárias

Com a nítida evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade teórica, posta no âmbito da estrita exceção, de se penhorar verbas salariais desprovidas de caráter alimentar¹¹ e o reflexo automático dessa orientação às demais instâncias

¹¹ É o que se percebe pelas palavras do Min. Massami Uyeda, nos autos do Recurso Especial

jurisdicionais,¹² potencializa-se sobremodo a importância do juiz na criação de soluções jurídicas para a atuação executiva de direitos.

Utilizando-se da eficácia normativa emprestada ao princípio do *devido processo legal*, da *proporcionalidade* e seus consectários *máxima efetividade* e *menor restrição possível*, pela própria Constituição da República, cabe ao magistrado a tarefa de tutelar os interesses do exequente e do executado, sem que nenhum proveito se sobreponha indevidamente sobre o outro.

É direta a determinação que se extrai do disposto no art. 824 do CPC: “A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais”. Esse mandamento deve ser lido, por óbvio, à luz dos valores trazidos pela Constituição Federal, como muito bem traduz Cândido Dinamarco, ao ensinar que

[...] quer o ordenamento jurídico que as obrigações sejam cumpridas e os direitos subjetivos satisfeitos (ou seja, quer que a vontade da lei seja realizada) e quer que a execução forçada conduza precisamente aos resultados que seriam obtidos mediante a submissão voluntária do obrigado, mas não quer que isso seja assim a todo custo, inexoravelmente (DINAMARCO, 2000, p. 587).

1.139.4011, *DJe* de 5/8/2008, no sentido de que “É certo que a dicção da Constituição é que os salários são impenhoráveis pela sua natureza alimentar, mas isso temos que olhar com certa reserva, porque, na verdade, salário também é a fonte primeira de extinção das obrigações”. No mesmo sentido, confirmam-se: Resp 948.492, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* de 12/12/2011; Resp 1.330.567, Rel. Min. Nancy Andrichi, *DJ* de 27/5/2013.

¹² “Os precedentes constitucionais, vistos como precedentes do Supremo Tribunal Federal, não podem deixar de ter força obrigatória perante os demais juízes e tribunais, pouco importando o local em que brotem, seja em controle concentrado ou em sede de controle difuso. O mesmo se pode dizer em relação aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, cuja missão constitucional é definir a interpretação da lei federal. É completamente irracional o sistema que possui tribunais superiores para definir o sentido da lei federal e da Constituição e, ainda assim, convive com decisões discrepantes dos tribunais ordinários. Isso não apenas é irracional, como nega a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade perante as decisões judiciais” (MARINONI, 2013, p. 135).

Ainda segundo o renomado autor:

O direito é um sistema de equilíbrio de valores e ao ideal da integral atuação da vontade da lei ele próprio opõe certas ressalvas, entre as quais assumem particular relevo as que visam a preservar ao executado um mínimo patrimonial indispensável para a existência humana decente (DINAMARCO, 2000, p. 587).

Assim, se, por um lado, a Constituição Federal tutela a dignidade humana do devedor, por outro, impõe a efetividade do processo, mandamento extraído dos mencionados princípios da proporcionalidade e do devido processo legal. É que o processo legal, forma de exercício legítimo de poder, para ser qualificado como *devido*, antes, deve ser *efetivo*, o que significa dizer que o processo tem por finalidade derradeira a busca da efetivação, materialização ou concretização de direitos.

Logo, não basta que o processo reconheça ou declare o direito, mas é preciso que sirva para efetivá-lo. Para Fredie Didier Júnior,

A cláusula do ‘devido processo legal’ é considerada, conforme visto, a norma-mãe, aquela que ‘gera’ os demais dispositivos, as demais regras constitucionais do processo. Embora sem previsão expressa na Constituição, fala-se que o ‘devido processo legal’ é um processo efetivo, processo que realize o direito material vindicado (DIDIER JÚNIOR, 2006, p. 54).

O magistrado, no exercício da função jurisdicional, deve estar atento às mudanças dos paradigmas dos conflitos, a fim de que as legítimas aspirações da sociedade sejam traduzidas em efetiva prestação jurisdicional.

Ao atuar, no âmbito do processo, na condição de sujeito imparcial, investe-se o juiz de extensos poderes-deveres, cujo exercício determinará o alcance da efetividade desse instrumento estatal para a concretização do direito material.

Sob um aspecto, carece de normatização efetiva sobre os limites de uma penhora justa de verbas remuneratórias; sob outro, subsistem, no ordenamento jurídico, vetores legítimos para a atuação do magistrado, como se vê, de largada, na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Ao atuar, no curso de uma ação de execução, sustenta José Miguel Garcia Medina (2013), o juiz acaba por resolver diversas questões relevantes que não dizem respeito, necessariamente, à averiguação da existência da relação jurídica de direito material, mas à *validade e adequação* dos atos executivos, operação esta que se reflete materialmente nas esferas jurídicas do exequente e do executado.

E complementa adiante:

O que melhor exprime a confluência de tais interesses, segundo nosso entendimento, é a incidência do princípio da proporcionalidade. Com efeito, tanto melhor será o resultado de tutela jurisdicional, quanto mais celeremente se realizar o direito do exequente, sem, contudo, sacrificar-se, de modo exorbitante e injustificável, a esfera jurídica do executado. A realização dos atos executivos, assim, deve observar os princípios da máxima efetividade e da menor restrição possível — que são elementos do princípio da proporcionalidade —, princípios que tutelam, respectivamente, exequente e executado.

A incidência destes princípios dá-se em todas as espécies de ações executivas e em todas as fases de tais ações. Mas a criação judicial de soluções jurídicas fundadas em tais princípios exige do magistrado um modo peculiar de pensar o Direito, vinculado não apenas à identificação da regra legal, em si mesma considerada, e à sua incidência, de modo praticamente automático, em uma dada situação: deve o órgão jurisdicional dar especial

atenção à repercussão da solução jurídica criada para o caso na realização da própria atividade jurisdicional e na sociedade (MEDINA, 2013, p. 31).

A justa composição da lide não se contenta com a ideia de respeito absoluto à letra da lei, conforme formatada pelo Estado legislativo, mas se infere a partir da aplicação da lei à luz dos postulados da hermenêutica constitucional. Ou seja, o fenômeno da justa solução jurídica perpassa pelo filtro¹³ de outros parâmetros igualmente relevantes, como os delineados pela própria configuração do Estado Democrático de Direito.

Isso é assim em razão da atual complexidade das relações jurídicas e da velocidade das mutações que tais relações experimentam. Também por esse motivo, o Código Civil de 2002¹⁴ realçou a importância social, operacional e pragmática de *normas jurídicas de conteúdo variável*, de *conceito vago* ou *indeterminado*, bem como das denominadas *cláusulas gerais*.

Esse mecanismo possibilita ao magistrado aplicar a norma jurídica em atenção às particularidades de cada caso, embora não previstas expressamente pelo legislador. Isso quer dizer que, consta-

¹³ “Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. [...] a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional” (BARROSO, 2018, p. 389).

¹⁴ “Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil — como alhures — o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. [...] A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a ‘descodificação’ do direito civil, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com sua ordem, unidade e harmonia — mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito” (BARROSO, 2018, p. 389).

tada a insuficiência das regras, o sistema jurídico passa a ser permeado por princípios jurídicos.

É bom ouvir de novo Canotilho, lembrado por José Miguel Garcia Medina, e que retrata com precisão a evolução desse moderno mecanismo de legitimação do ativismo judicial:

O direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das *regras dos códigos*; o direito do estado constitucional democrático e de direito *leva a sério os princípios*, é um *direito de princípios*. Diante disso, 'o tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na *metódica de concretização* do direito e, por conseguinte, na actividade jurisdicional dos juízes' (CANOTILHO *apud* MEDINA, 2013, p. 35).

A noção de sistema é inerente ao ordenamento jurídico, dada a convergência de propósitos e a estruturação entre os seus elementos integrantes; no campo processual, estão presentes os componentes normativos que disciplinam o funcionamento dos órgãos jurisdicionais e os institutos e técnicas que visam à realização de seus amplos escopos. As normas jurídicas, de acordo com a construção moderna, são constituídas de princípios e regras, que dão funcionalidade ao sistema de acordo com as propriedades de atuação (NAGAO, 2012).

Vê-se, atualmente, forte tendência legislativa no sentido de valorizar sistemas baseados em *cláusulas gerais*, que conferem certa margem de interpretação ao julgador, tal como ocorreu com o Código Civil de 2002. Esse mecanismo repete-se, agora, no atual Código de Processo Civil, que prevê, textualmente, em seu art. 8º:

Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

A nova concepção de direito,¹⁵ portanto, passa pelo filtro transformador dos princípios. Por consequência, o princípio da legalidade, obviamente, não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico.

Recorde-se, no pronunciamento de Luiz Guilherme Marinoni (2013), que o princípio da legalidade, no Estado legislativo, implicou a redução do direito à lei, cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que a emanava. Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalizão das forças dos vários grupos sociais e que, por isso, frequentemente, adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração princípios de justiça.

Desenvolvendo a ideia a partir do inciso IV do art. 833 do CPC, em absoluta atenção aos princípios enumerados no transcrito art. 8º do mesmo Código, não tendo sido localizados outros bens penhoráveis, deve-se admitir a penhora responsável de percentual da remuneração percebida pelo executado, que, nem sequer por hipótese, represente prejuízo à sua subsistência ou à de sua família.

Por óbvio, a solução há de ser equacionada caso a caso, uma vez judicializada, pelo juiz da causa, à luz dos princípios informati-

¹⁵ “Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar, compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Essa compreensão crítica já é uma tarefa de concretização, pois a lei não é mais objeto, porém componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, nesse sentido, como um novo ou outro objeto. A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei — ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível. Não há como negar, hoje, a eficácia normativa ou a normatividade dos princípios de justiça. Atualmente, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores. Aliás, mesmo os princípios constitucionais não explícitos e os direitos fundamentais não expressos têm plena eficácia jurídica” (MARINONI, 2013, p. 45).

vos e fundamentais do processo civil, por meio do devido processo constitucional.

Reserva-se, pois, ao juiz¹⁶ o imprescindível papel de interpretação e aplicação do direito para identificar o seu real sentido jurídico em face da peculiaridade do caso concreto, o que reforça o entendimento de que a atuação judicial não se faria perfeita e acabada somente com a utilização de técnicas hermenêuticas tradicionais.

A decisão, nessa ordem de enfoque, precisa satisfazer à consciência do próprio juiz, único ser capaz de intuir o que as sombras da realidade exterior, projetadas através dos autos, vieram a significar para o seu senso de Justiça (BENETI, 1992).

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no neoconstitucionalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

¹⁶Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “o juiz, no Estado constitucional, deve interpretar a norma geral de acordo com a Constituição, controlar a inconstitucionalidade da lei — inclusive mediante as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto —, a inconstitucionalidade da sua omissão e dar tutela aos direitos fundamentais que entram em colisão no caso concreto. Nos casos de interpretação de acordo, de interpretação conforme e de declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a norma geral é visivelmente conformada — em menor (no primeiro caso) ou maior medida (nos demais casos) — pelas normas constitucionais. Nessas três hipóteses, o juiz constrói a norma jurídica considerando a relação entre o caso concreto, o texto da lei e as normas constitucionais [...] O juiz, ao atuar dessa forma, não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuída no constitucionalismo contemporâneo, como também, *diante da transformação do próprio conceito de direito*, apenas o aplica. Ou seja, no Estado constitucional, não há qualquer motivo para a doutrina enxergar aí uma exceção à função de aplicação do direito, como se a aplicação do direito ou a atuação jurisdicional não estivesse subordinada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais” (MARINONI, 2013, p. 103-104).

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 58, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BENETI, Sidnei Agostinho. Deontologia da linguagem do juiz. In: NALINI, José Renato. (Coord.). *Deontologia da magistratura*. São Paulo: Saraiva, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. Tomo I.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD). *PNAD Contínua 2016*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18376-pnad-continua-2016-10-da-populacao-com-maiores-rendimentos-concentra-quase-metade-da-renda>. Acesso em: 15 set. 2018

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NAGAO, Paulo Issamu. O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo. 2012. Versão parcial de tese de doutorado. Disponível em: http://www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=17&Itemid=160&lang=pt-br&id=A7A22734DF1A. Acesso em: 28 abr. 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Injustificados vetos presidenciais à Lei nº 11.382/06. 2007. Disponível em: <http://www.professor-danielneves.com.br/artigos/201011151759350.vetospresidenciais.pdf>. Acesso em: 1º maio 2014.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 169, mar. 2009.

PACCELO, Paulo Ribeiro. Resenha do livro *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, de Wilson Antônio Steinmetz. 2001. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/762/316>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005. Disponível em: http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_01_p173_180.pdf. Acesso em: 16 jun. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado, n. 8).

VELASCO, Ignácio Poveda. *A execução do devedor no direito intermédio: beneficium competentiae*. São Paulo: Livraria Paulista, 2002.

“ Até o dia cinco de outubro, o Brasil tinha sete Constituições. Na tarde de uma primavera nublada, a oitava entra em vigor. Esta nova Constituição de 1988 traz grandes avanços nos direitos individuais e sociais, mas sem ser moderna na ordem econômica. Esse fato é uma grande contradição, já que a ordem econômica é que vai pagar os avanços sociais. ”

Jornal Nacional (TV Globo)

Edição de 5 de outubro de 1988.



Constituição de 1988: três décadas e um breve balanço

Rogério Medeiros Garcia de Lima

Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais;
Professor da Faculdade de Direito Newton Paiva (Belo Horizonte) e da
Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF);
Desembargador do TJMG.

1 Introdução

A Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF), do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), sob a competente direção da Desembargadora Áurea Maria Brasil Santos Perez, promove a edição desta obra comemorativa dos 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988.

Por ocasião da sua promulgação, o inesquecível Deputado Federal Ulysses Guimarães (SP) a denominou “Constituição cidadã” (GUIMARÃES, 1988). Foi escrita sob o impacto das liberdades conquistadas, após 21 anos de autoritarismo. Adotou os preceitos de uma democracia liberal (TEMER, 2013).

Este artigo contém um breve balanço dessas três décadas de vigência do texto constitucional.

Abordarei os seus pontos positivos e negativos, selecionados de maneira compatível com o limite máximo de páginas permitido nesta obra coletiva.

Entre os aspectos *positivos*, destaco: consolidação da democracia; ampliação dos direitos e garantias fundamentais; proclamação dos princípios regentes da Administração Pública; sanção dos atos de improbidade administrativa; efetiva independência dos poderes e autonomia do Poder Judiciário; fortalecimento das funções essenciais à Justiça: Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública; proteção do meio ambiente; e constitucionalização do direito privado.

Dos aspectos *negativos*, menciono: atribuição excessiva de direitos e garantias individuais, coletivos e difusos, sem a indispensável contrapartida dos deveres; proliferação descontrolada de partidos políticos; sistema de governo denominado “presidencialismo de coalizão”; edição abusiva de medidas provisórias; e judicialização da política e da vida social, com o avanço do ativismo judicial.

2 Consolidação da democracia

Iniciarei o artigo com o destaque de alguns aspectos positivos da Constituição de 1988. Sobressai, entre eles, a consolidação da democracia.

Afirma-se que dois séculos da história do Brasil “têm como ponto central a luta do cidadão contra o Estado arbitrário” (VILLA, 2011, p. 10).

Em 1968, o regime militar exacerbou o autoritarismo. Editou o Ato Institucional nº 5, em reação à luta armada abraçada por inconstituintes grupos de esquerda, adeptos da implantação de uma ditadura comunista no Brasil:¹

¹ “A luta armada, de tempos em tempos, reaparece no noticiário. Nos últimos anos, foi se consolidando uma versão da história de que os guerrilheiros combateram a ditadura em defesa da liberdade. Os militares teriam voltado para os quartéis graças às suas heroicas ações. Em um país sem memória, é muito fácil reescrever a história. É urgente enfrentarmos essa falácia. A luta armada não passou de ações isoladas de assaltos a bancos, sequestros, ataques a instalações militares e só. Apoio popular? Nenhum. O regime militar acabou por outras razões. [...] Todos os grupos de luta armada defendiam a ditadura do proletariado. [...]” (VILLA, 2008).

O AI-5 foi o instrumento de uma revolução dentro da revolução ou, se quiserem, de uma contrarrevolução dentro da contrarrevolução. Ao contrário dos atos anteriores, não tinha prazo de vigência e não era, pois, uma medida excepcional transitória. Ele durou até o início de 1979.

O presidente da República voltou a ter poderes para fechar provisoriamente o Congresso. Podia, além disso, intervir nos Estados e municípios, nomeando interventores. Restabeleciam-se os poderes presidenciais para cassar mandatos e suspender direitos políticos, assim como para demitir ou aposentar servidores públicos.

Desde o AI-2, tribunais militares vinham julgando civis acusados de prática de crimes contra a segurança nacional. Pelo AI-5, ficou suspensa a garantia de *habeas corpus* aos acusados desses crimes e das infrações contra a ordem econômica e social e a economia popular (FAUSTO, 1994, p. 480).

Redemocratizado o país, a Constituição de 1988 proclama, no preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

E abre o Título I, “Dos Princípios Fundamentais”:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade

da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O grande jurista e filósofo Miguel Reale explicava o alcance da expressão *Estado Democrático de Direito*:

Pela leitura dos Anais da Constituinte, infere-se que não foi julgado bastante dizer-se que somente é legítimo o Estado constituído de conformidade com o Direito e atuante na forma do Direito, porquanto se quis deixar bem claro que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo, excluída, por exemplo, a hipótese de adesão a uma Constituição outorgada por uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que ela consagre os princípios democráticos.

Poder-se-á acrescentar que o adjetivo ‘Democrático’ pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. ‘Estado Democrático de Direito’, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a ‘Estado de Direito e de Justiça Social’. A meu ver, esse é o espírito da Constituição de 1988 (REALE, 1998, p. 1-2).

E apontava dois dos elementos diferenciadores de nosso Estado Democrático de Direito, a *cidadania* e a *dignidade da pessoa humana*:

(São) valores que devem ser interpretados conjugadamente, pois o respeito devido à pessoa humana, em sentido universal (eu costumo dizer que a pessoa humana é o ‘valor fonte’ de todos os valores), não exclui, mas antes implica a dimensão jurídico-política que cada membro da coletividade brasileira adquire só pelo fato de nascer no território nacional, assegurando-lhe um campo específico de direitos e deveres, sem prejuízo da

igualdade perante a lei que, ao depois, o Art. 5º garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, no tocante à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (REALE, 1998, p. 3).

Em suma:

Embora nossa Constituição não seja um primor, ela tem inúmeras virtudes, entre elas uma enorme capacidade de adaptação. Nesses quase 30 anos, fomos capazes de aprender muito em matéria constitucional. Maiorias consistentes promoveram mais de 90 alterações no texto, reformulando por completo nosso sistema econômico, reformando a administração e mesmo a previdência, tudo dentro de um clima de plena normalidade democrática e sob o constante escrutínio do Supremo.

Se hoje podemos livremente nos mobilizar contra o governo; se a Justiça pode levar a cabo, com autonomia, processos inimagináveis no passado; se a imprensa pode investigar e promover um livre debate de ideais; é porque a Constituição contribuiu para a consolidação de ambiente democrático, que não podemos colocar em risco (VIEIRA, 2017, p. B-2).

Estamos na 8ª Constituição — a 7ª do período republicano. O número elevado de emendas revela que a redação original deixou a desejar. Somam 83 as alterações introduzidas desde 1993. Os membros da Assembleia Nacional Constituinte se decidiram por texto analítico, minucioso, prolixo, recheado de dispositivos dependentes de regulamentação. Recusaram o sucinto modelo americano, cuja lei fundamental data da declaração de independência, em 1787.

Durante submetida à prova em mais de uma ocasião, a Constituição Coragem — como a denominou Ulysses Guimarães — encontrou forças para resistir e se consolidar, o que não conseguiram as antecessoras de 1891, 1934, 1946 e 1967, abatidas após acidentada existência.

A cassação do presidente Fernando Collor, o primeiro presidente eleito diretamente após a queda do regime militar, foi conduzida estritamente dentro das normas constitucionais. A ninguém ocorreu a ideia de derrubá-lo ou defendê-lo pelas armas.

O processo do mensalão ratificou a independência do Judiciário. Submetido a poderosas pressões, o Supremo Tribunal Federal aplicou o Código Penal para condenar à prisão membros da Câmara dos Deputados e dirigentes do partido petista, acusados de desvio de dinheiro.

A imprensa é livre, os Três Poderes operam em harmonia e com independência, não há preso político, inexistem restrições ao direito de ir e vir, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, respeita-se o exercício da greve, os sindicatos estão a salvo de intervenção governamental. Em resumo, o Brasil se encontra sob o Estado Democrático de Direito (PAZZIANOTTO PINTO, 2014).

3 Ampliação dos direitos e garantias fundamentais

O fim da Segunda Guerra Mundial marcou o ocaso de uma era e o surgimento de uma Europa modificada. Estado providenciário e cooperação deram ensejo à Europa pacífica. Nesse contexto, apareceu o *novo constitucionalismo*, centrado no *valor da pessoa humana* e de *cunho internacional* (JUDT, 2008).²

Portanto,

o constitucionalismo moderno tem, na promulgação de um texto escrito contendo uma declaração dos Direitos Humanos e de cidadania, um dos seus momentos centrais de desenvolvimento e de conquista, que consagra as vitórias do cidadão sobre o poder (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 353).³

² O constitucionalismo contemporâneo nasce com vocação universal: todos os seres humanos, em qualquer lugar que vivam e se organizem em sociedade, são igualmente dotados de dignidade e de direitos inalienáveis. A dignidade da pessoa humana constitui núcleo forte do constitucionalismo contemporâneo (ONIDA, 2008, p. 13, 52).

³ Na lição de Pinto Ferreira (1991, p. 111-112), as declarações de direitos são disposições que proclamam as principais liberdades humanas. Tais direitos, enunciados pelas grandes revoluções e depois incluídos nos textos constitucionais, integram a própria personalidade do homem. Ao seu exercício correspondem, com limitações recíprocas, os direitos dos demais homens. A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa “a máxima consciência que o homem tenha até agora alcançado, no âmbito jurídico-político, da substancial unidade do gênero humano” (BOBBIO, 2000, p. 495-496).

Acentua a cientista política Maria Herminia Tavares de Almeida que a Constituição Brasileira de 1988

crystalizou um compromisso robusto com as liberdades individuais, a ampla garantia de direitos aos cidadãos, as eleições livres e limpas e, muito especialmente, com o que então se chamava o ‘resgate da dívida social’, ou seja, a redução da pobreza e das desigualdades (ALMEIDA, 2018).

Contudo — não só no Brasil, mas em todo o mundo — há um enorme desafio a ser enfrentado no século XXI: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2003, p. 239).

4 Princípios da Administração Pública

Dispôs o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

O art. 2º, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal nº 9.784/99, determina que, nos processos administrativos, no âmbito da Administração Pública Federal, será observado, entre outros, o critério de: “atuação conforme a lei e o Direito” (frise-se: lei com “l” minúsculo; Direito, com “D” maiúsculo).

Mudou a concepção do *princípio da legalidade*: a lei, por influência do positivismo jurídico, passou a ser vista em seu aspecto estritamente formal, despida de qualquer conteúdo de justiça; a preocupação com as normas do Direito Natural, vigente no período do Estado Liberal, deixou de existir; obedece-se à lei apenas porque ela contém uma ordem, e não porque ela seja justa. Agora, mantém-se a ideia de submis-

são da Administração Pública à lei, porém não se trata mais da lei em sua concepção formalista, vazia de conteúdo e eficácia. Algumas constituições falam em *obediência à lei e ao Direito*, como a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e a Constituição Espanhola de 1978, querendo significar que todos os órgãos do Estado devem se submeter não só à lei, em sentido formal, mas também a todos os princípios que se encontram na base do ordenamento jurídico, independentemente de sua previsão expressa no direito positivo (DI PIETRO, 1997).

O precitado art. 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal nº 9.784/99, também impôs a observância dos critérios de “atuação segundo padrões éticos, de probidade e boa-fé”.

E estabelece o § 2º do art. 13 da Constituição do Estado de Minas Gerais (1989): “A moralidade e a razoabilidade dos atos do Poder Público serão apuradas, para efeito de controle e invalidação, em face dos dados objetivos de cada caso”.

Para Caio Tácito, a *moralidade* integra a *legitimidade* do exercício da competência administrativa (Hauriou). Pressupõe o exame dos motivos do ato administrativo, em conexão com o vínculo legal à *finalidade*. O administrador não pode colocar seus poderes a serviço de interesses pessoais exclusivos e de conceitos que discrepam de valores morais respeitáveis (TÁCITO, 1999).

O *princípio da moralidade* se imbrica com o da *impessoalidade*. Um dos aspectos da imoralidade diz respeito ao uso de poderes administrativos com o fim de propiciar favorecimentos a si e a outrem, situação que envolve a impessoalidade como um dos fatores da imoralidade. Trata-se de um princípio de difícil tradução verbal, porque é impossível enquadrar em um dos dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desviantes das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Caracterizado sob o perfil das regras de conduta extraídas da disciplina da Administração, sob o perfil do fim do interesse público, da boa administração, boa-fé e lealdade da Administração. O

princípio deve ser observado *não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública* (v.g., no procedimento licitatório não pode haver conluio entre licitantes) (MEDAUAR, 1993).

5 Sanção dos atos de improbidade administrativa

Em boa hora, estabeleceu a Constituição de 1988:⁴

Art. 37. [...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.⁵

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. [...].⁶

⁴ A prática de atos de improbidade administrativa é recorrente desde os primórdios da História do Brasil. Pero Borges foi nomeado ouvidor-geral — cargo equivalente ao do atual ministro da Justiça. Borges desembarcou na Bahia em 29 de março de 1549, na comitiva do primeiro governador-geral da colônia, Tomé de Sousa. Em 1547, fora condenado por extraviar recursos públicos na construção de um aqueduto em Elvas, Portugal, onde era corregedor (BUENO, 2010). Ver também Garcia de Lima (2005, p. 75-94).

⁵ Foi editada a Lei nº 8.429, de 2/6/1992, a qual dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. É uma das mais importantes e inovadoras leis vigentes. Integra “o processo de transformação e modernização da estrutura jurídica, da Administração Pública, da sociedade e dos costumes, de que são marcos exponenciais a Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000)” (DALLARI; FERRAZ, 2002, p. 19-20). Os autores referem-se também ao Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001.

⁶ O Supremo Tribunal Federal julgou o tema, por maioria de votos, com repercussão geral reconhecida, e fixou a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa” (Recurso Extraordinário nº 852475, Min. Edson Fachin, j. em 8/8/2018; logo, atos culposos de improbidade administrativa não são alcançados pela imprescritibilidade).

José Afonso da Silva define improbidade administrativa:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A *probidade administrativa* consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer (cf. Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*) [...]. Cuida-se de uma *imoralidade administrativa qualificada*. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (SILVA, 1990, p. 563-564, grifos do original).

6 Independência dos poderes e autonomia do Poder Judiciário

Estabelece a Constituição de 1988: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. [...] Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”.

O professor Ives Gandra Martins vislumbra no *equilíbrio entre os poderes* a maior virtude do texto constitucional vigente:

Apesar de prenhe de defeitos, seu mérito maior, todavia, diante da absoluta liberdade que os constituintes tiveram para a discussão de um modelo de lei fundamental, foi o de ter criado um sistema em que o equilíbrio de poderes é inequívoco. Sem equilíbrio de poderes não há segurança jurídica. Em nenhum texto anterior (1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967, com suas emendas), essa realidade revelou-se de maneira tão nítida como no de 1988. Nem mesmo Estados Unidos, pátria do presidencialismo, segue a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu — que a própria França não hospeda —, com separação tão nítida

como no Brasil, nada obstante o instituto das medidas provisórias ofertar impressão diversa (MARTINS, 2011, p. 95-96).

A secular tradição de colocar a administração da justiça ao lado da ação administrativa governamental passa a ser substituída pela total autonomia administrativa e financeira de cada um dos Poderes Públicos. Com isso se concretizam a doutrina *da* separação dos poderes e a possibilidade efetiva — não apenas formal — de um controle recíproco entre eles (GOMES, 1997).

7 Fortalecimento das funções essenciais à Justiça

A Constituição de 1988 define as funções essenciais à Justiça:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...]

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. [...]

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. [...]

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constitui-

ção Federal (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 80, de 2014).

Sobre o *Ministério Público*, colhe-se a preciosa assertiva de Cunha Rodrigues:⁷

São os direitos do homem que legitimam o Ministério Público, o movem e o limitam. Os direitos de todos: dos poderosos e dos desprotegidos, dos ricos e dos pobres, dos sábios e dos ignorantes, dos que falam alto e dos que não têm voz. Representando a sociedade, o Ministério Público representa-os a todos (CUNHA RODRIGUES, 1999, p. 23).

A advocacia e a defensoria pública são essenciais ao acesso à Justiça e à garantia do devido processo legal:

O *princípio processual mais importante* e elemento irrenunciável de todo o ordenamento processual de Estado de direito é o direito a ser ouvido — isto é — a ser judicialmente ouvido. É um ‘direito original’ do homem que proíbe aplicar-lhe um ‘processo sumário’ [...]. O seu significado atual resulta (de ser) erigido em direito fundamental processual, cuja infração fundamenta recurso constitucional (JAUERNIG, 2002, p. 167, grifos do original).

Não há nenhuma causa que não mereça ser defendida, ensinava Rui Barbosa na célebre carta (1911) a Evaristo de Moraes:

Recuar ante a objeção de que o acusado é ‘indigno de defesa’, era o que não poderia fazer o meu douto colega, sem ignorar as leis do seu ofício, ou traí-las. Tratando-se de um acusado em matéria criminal, não há causa em absoluto *indigna de defesa*. Ainda quando o crime seja de todos o mais nefando, resta verificar a prova; e ainda quando a prova inicial seja decisiva, falta, não só apurá-la no cadinho dos debates judiciais, senão também vigiar

⁷ Foi Procurador da República no Tribunal da Relação do Porto, Portugal.

pela regularidade estrita do processo nas suas mínimas formas. Cada uma delas constitui uma garantia, maior ou menor, da liquidação da verdade, cujo interesse em todas se deve acatar rigorosamente (BARBOSA, 2002, p. 18-19, grifos do original).

8 Proteção do meio ambiente

A Constituição de 1988 conferiu importância ao meio ambiente e lhe dedicou um capítulo, em que se destaca:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...].

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.⁸

A afirmação do direito ao meio ambiente vem do Direito Internacional. É a peça central da Declaração de Estocolmo, de 1972. Foi enunciada nas Constituições da Grécia (1975) e de Portugal (1976): “O direito ao meio ambiente consiste no direito a existência de condições favoráveis à vida dos seres humanos no conjunto de elementos naturais e artificiais que o cercam: o direito a um meio ou ambiente sadio” (FERREIRA FILHO, 1995, p. 101).

⁸ Um exemplo de como a jurisprudência fortalece a aplicação da responsabilidade objetiva na sanção do dano ambiental é o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: “Administrativo. Dano ao meio-ambiente. Indenização. Legitimação passiva do novo adquirente. 1 - A responsabilidade pela preservação e recomposição do meio-ambiente é objetiva, mas se exige nexo de causalidade entre a atividade do proprietário e o dano causado (Lei nº 6.938/81). 2 - Em se tratando de reserva florestal, com limitação imposta por lei, o novo proprietário, ao adquirir a área, assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para devastá-la. 3 - Responsabilidade que independe de culpa ou nexo causal, porque imposta por lei” (Recurso Especial nº 282.781-PR, Min.^a Eliana Calmon, DJ de 27/5/2002).

Comentava Celso Ribeiro Bastos:

É inovadora a atual Carta no tratamento conferido ao meio ambiente como princípio constitucional, que pode ser explicado pelo que se tem observado: uma maior conscientização dos homens com relação a importância que tem para a humanidade a utilização adequada de todos os bens que nos oferece a natureza (BASTOS, 1995, p. 398).

9 Constitucionalização do direito privado

Opera-se hoje a *constitucionalização do direito infraconstitucional*. Adotada inicialmente na Alemanha e na Itália, a teoria irradiou-se por países de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil⁹ (BARROSO, 2005):

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microsistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis

⁹ Sobre o tema, ver também Canaris (2016).

especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas (PERLINGIERE, 2002, p. 6).

10 Excesso de direitos e garantias, sem a contrapartida dos deveres

Após serem elencados alguns aspectos positivos da Constituição de 1988, agora serão abordados os que se podem considerar negativos.

A excessiva concessão de direitos e garantias individuais, coletivos e difusos, sem a indispensável contrapartida dos deveres, é um desses aspectos.

Em 2008, quando a atual Constituição completava 20 anos de vigência, tivemos a oportunidade de refletir, com certa dose de ironia:

Passamos a nos portar como se vivêssemos na Suécia. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11: ‘Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado’.

O Superior Tribunal de Justiça anulou ação penal contra empresários do Paraná, porque continha provas resultantes de escutas telefônicas prorrogadas por quase dois anos, sem a fundamentação devida pelo juiz que as autorizou (STJ, *Habeas Corpus* nº 76.686-PR, julg. em 9/9/2008). Na sequência, o Conselho Nacional de Justiça percebeu que os magistrados brasileiros são os ‘infratores’ que mais ‘amedrontam’ a sociedade brasileira. Adotaram a ‘ousada’ prática de autorizar escutas telefônicas.

Por isso, o CNJ inusitadamente invadiu a seara jurisdicional e baixou resolução destinada a monitorar as quebras de sigilos de ligações telefônicas em todo o país (jornal *Estado de Minas*, 10/9/2008, p. 4). [...]

No entanto, algum cidadão brasileiro, ignorante das garantias constitucionais, poderia formular indagações. Qual a contrapartida para tão firme defesa de garantias individuais? Passaremos a viver em um país muito mais seguro e incorruptível? Vamos ter menos crimes de colarinho branco? O Judiciário será mais eficaz?

Esse cidadão implicante poderia mesmo citar a clássica reflexão de Rudolf von Ihering (*A luta pelo Direito*):

‘Qualquer norma que se torne injusta aos olhos do povo, qualquer instituição que provoque seu ódio, causa prejuízo ao sentimento de justiça, e por isso mesmo solapa as energias da nação. Representa um pecado contra a ideia do direito, cujas consequências acabam por atingir o próprio Estado. Nem mesmo o sentimento de justiça mais vigoroso resiste por muito tempo a um sistema jurídico defeituoso: acaba embotando, definhando, degenerando’ (GARCIA DE LIMA, 2008).

11 Proliferação de partidos políticos

Dispõe a Constituição Federal de 1988:

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

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017).

A Carta Magna, portanto, estabeleceu ampla liberdade para a criação dos partidos e retirou a *camisa* de força estabelecida no regime político anterior. Daí resultou uma tendência antagônica: a proliferação exagerada de partidos, como acontece na atualidade (PINTO FERREIRA, 1991, p. 233-234).

Partido político é uma ‘associação formada por indivíduos que se unem em função de ideias políticas comuns, com a finalidade de conquistar o poder e de fiscalizar o governo, na circunstância de ficar em oposição’ (MELO, 1978, p. 97).

Um importante papel do partido político é servir ‘de conduto de comunicação entre governo e povo, nos dois sentidos de direção’ (BASTOS, 1994, p. 133).

Para o ex-presidente e sociólogo Fernando Henrique Cardoso, os partidos políticos deveriam ter uma preocupação muito séria: “Manter a sua independência em face do Estado, mesmo (senão principalmente) quando estão no Governo. Quer dizer, os partidos devem levantar teses incômodas, e não apenas as teses possíveis. [...] O partido tem de ser incômodo” (CARDOSO, 1985, p. 29).

Todavia, há cinco décadas, Maurice Duverger, professor da Universidade de Paris, criticava a ditadura das cúpulas partidárias:

A organização dos partidos políticos, certamente, não se conforma à ortodoxia democrática. A respectiva estrutura interna é, essencialmente, autocrática e oligárquica; os chefes não são, de fato, designados pelos adeptos, apesar da aparência, mas cooptados ou nomeados pelo centro; tendem a formar uma classe dirigente, isolada dos militantes, casta mais ou menos fechada sobre si mesma. Na medida em que eles são eleitos, a oligarquia partidária amplia-se, mas não se transforma em democracia, pois a eleição é feita pelos adeptos, que são uma minoria em relação aos que dão seus votos ao partido quando das eleições gerais (DUVERGER, 1970, p. 455).

No final do século XX, Alain Touraine apontava o enfraquecimento do Estado e a crescente importância da sociedade civil:

A ação democrática, que parece estar presente em toda a parte, refugia-se, à margem das instituições oficiais, nas associações voluntárias que, tendo surgido a partir de objetivos humanitários, tornaram-se as principais defensoras dos direitos das minorias e das nações e categorias sociais oprimidas ou excluídas (TOURAINÉ, 1996, p. 266-267).

Em 2011, eclodiram, na Espanha, massivos protestos de rua. Era o *Movimento dos Indignados*. Essas manifestações de rua ocorreram também no Brasil, em 2013. Realçaram a enorme descrença dos cidadãos na política e nos partidos políticos.

O sociólogo espanhol Manuel Castells aponta a crise de representatividade, em razão da qual os cidadãos não se sentem mais representados pelos partidos políticos e sindicatos (CASTELLS, 2013).

No caso brasileiro, desde o Império, partidos políticos assemelham-se no exercício do poder:

O Brasil no Império teve sempre dois Partidos: o Conservador e o Liberal, e ambos se pareciam tanto que o conceito de Holanda Cavalcanti era verdadeiro: ‘Não há nada mais parecido com um saquarema (conservador) do que um luzia (liberal) no poder’ (RODRIGUES, 1982, p. 12).¹⁰

Concluiu Fernando Henrique Cardoso:

Há a tentação de o partido se confundir com o Estado — todos os partidos ou quase todos. [...] Ficam sempre imantados pela pos-

¹⁰ “*Nada mais parecido com um ‘saquarema’ do que um ‘luzia’ no poder*. A famosa ironia de Holanda Cavalcanti sobre o oportunismo dos conservadores e liberais no Império costuma ser lembrada sempre que se discute, desde então, o amorfismo partidário e as mazelas da representação no Brasil. A farpa serve, aliás, para ilustrar, ainda hoje, aspectos do corrosivo descrédito da chamada ‘classe política’ — ‘os políticos são todos iguais’ é frase que está na boca do povo” (BENEVIDES, 1996, p. 24).

sibilidade dessa árvore frondosa, que tudo facilita e que estiola também, que é o Estado. É o modelo mexicano, para exagerar (CARDOSO, 1985, p. 30).

12 “Presidencialismo de coalizão”

Miguel Reale criticava a Assembleia Nacional Constituinte, por vacilar bastante em matéria de sistema de governo:

Concebeu a Câmara dos Deputados e o Senado, tendo em vista o modelo parlamentar; na última hora, abandonou o regime parlamentar pelo presidencialismo, mas deixou intocadas as estruturas do Legislativo. É uma das razões pelas quais eu digo que esse é um dos calcanhares-de-aquiles da nova ordem constitucional que não sabemos como nem quando será superado [...]. Vemos, assim, mais uma vez repetido, o movimento pendular que tem caracterizado a história republicana, após a Revolução de 30, passando-se, no plano constitucional, de um Legislativo frágil — como em 1934 — para o autoritarismo do Executivo no Estado Novo — em 1937 —, para volvermos a um Congresso fortalecido em 1946, em detrimento do Executivo, substituído por sua vez pelo autoritarismo centralizador de 1967/69, sendo trocado mais uma vez pela nova investida do Poder Legislativo, em detrimento do Executivo. Essa investida, todavia, não logrou êxito, instaurando-se no País o presidencialismo imperial [...] (REALE, 1998, p. 64-65).

O chamado *presidencialismo de coalizão* caracteriza-se pela “divisão do Poder Executivo entre diversos partidos, o que garantiria uma larga base parlamentar governista e, por consequência, uma alta taxa de aprovação de proposições legislativas de interesse do Executivo, se não inteiramente de sua iniciativa” (TELES FILHO, 2017).

13 Edição abusiva de medidas provisórias

A Constituição de 1988 incluiu as medidas provisórias entre os atos do processo legislativo: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.¹¹

Todavia, o exagero na edição de medidas provisórias subverte a missão constitucional do Poder Legislativo (REALE, 1998).¹²

Além do mais, a famosa operação Lava Jato, conduzida pela Polícia Federal e o Ministério Público, revelou práticas de corrupção na edição de medidas provisórias:

Os delatores da Lava Jato falam em nada menos de 13 medidas que teriam tramitado a reboque de pagamentos da empreiteira, conforme levantamento publicado pelo jornal *Valor Econômico*.

Dessas, dez tornaram-se legislação; uma, a MP 627, de 2013, aparece nas duas operações da PF — converteu-se na Lei 12.973, de 2014, cujos 119 artigos contemplam uma mixórdia de benefícios tributários a transações e setores variados (LEIS, 2017, p. A-2).

¹¹ Cabral de Moncada fala em *deslegalização*: “Legisla o Governo por decreto, legisla o Tribunal Constitucional através de sentenças com efeitos positivos, e legislam diretamente os cidadãos através do referendo. Legislam também os órgãos comunitários, e cada vez mais, mediante normas que inclusivamente valem mais do que as normas legislativas internas, e as Regiões Autônomas (para não falar dos Estados Federados) através de normas que podem mesmo arredar a lei oriunda dos órgãos centrais do Estado. A lei parlamentar perdeu definitivamente o seu exclusivo. O que está em crise não é tanto a lei como instrumento de decisão, mas a sua origem parlamentar. Nunca a distância entre a função legislativa e o órgão parlamentar foi tão grande como hoje. O pluralismo legislativo, característico do atual estado de coisas, não beneficiou, como não podia deixar de ser, o Parlamento” (MONCADA, 2002, p. 96-104).

¹² “Estamos vivendo época em que predomina doutrina segundo a qual as soluções para as questões sociais e econômicas do país devem ser buscadas através de alterações da legislação — ou da ordem jurídica positiva. A premissa é simples: bastam novas normas jurídicas para solucionar tais questões. [...] As mudanças legislativas como meio de equilibrar as relações sociais e incrementar o desenvolvimento econômico nacional são muitas das vezes perniciosas, pois, além de não produzirem tais resultados, geram insegurança jurídica no seio da coletividade e dificultam a atividade de prestação da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário, já tão sacrificado pela síndrome legislativa que se instalou no país” (PEDREIRA, 2001).

14 Judicialização e ativismo judicial

Sou um crítico da judicialização da política (GARCIA DE LIMA, 2012).

Presidente da República, governadores e prefeitos são eleitos para governar. Senadores, deputados federais, deputados estaduais e vereadores são eleitos para legislar. Magistrados prestam concurso ou são nomeados para julgar conflitos de interesses, à luz da Constituição Federal e demais textos legais. Simples assim, parece. Mas não é.

O Poder Judiciário, no desempenho da jurisdição, exerce uma parcela do poder político. Conforme o magistrado francês Antoine Garapon, o controle crescente da Justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos contemporâneos. Os juízes são chamados a se manifestar em número cada vez mais extenso de setores da vida social (GARAPON, 1999).

A Constituição de 1988 — pródiga na concessão de direitos e garantias individuais e coletivos — fomenta intensa *judicialização*.

Nesse contexto, desponta o indesejável *ativismo judicial*. Seus adeptos consideram superado o dogma da completude do sistema jurídico pelo legislador. É preciso conferir eficácia à Constituição. O legislador não é o único responsável pela tarefa:

O Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas das demais funções. [...] O legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O juiz não é mais a simples boca da lei, mas intérprete constitucional qualificado, que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. [...] Para o cumprimento desse mister, é indispensável vislumbrar, no princípio da separação de funções, não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo o Judiciário, portanto, nesse novo momento, atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 42-45).

15 Conclusão

“O pacto se formou mediante amplas negociações, no seio da Constituinte, entre forças conservadoras e as forças progressistas da mudança; [...]” (SILVA, 2011, p. 90).

Ressaltava o *velho timoneiro* Ulysses Guimarães: “A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca” (GUIMARÃES, 1988).

Vivemos tempos conturbados. A democracia está ameaçada em nível global. Steven Levitsky, cientista político e professor especialista em América Latina na Universidade Harvard, adverte que hoje as democracias não são mais derrubadas por homens armados. Morrem pelas ações “de líderes eleitos — presidentes ou primeiros-ministros — que usam as instituições da democracia para subvertê-la” (LEVITSKY, 2018).

Mais do que nunca, cumpre exaltar as lições de Konrad Hesse sobre a *força normativa da Constituição*: A Carta Magna converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder, mas também a *vontade de Constituição*. Uma das vertentes em que se assenta essa vontade de Constituição é “a consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade” (HESSE, 1991, p. 19-20).

Referências

ALMEIDA, Maria Herminia Tavares de. Saíram do armário. *Folha de S. Paulo*, 29 ago. 2018. Caderno Eleições 2018.

BARBOSA, Rui. *O dever do advogado*. Carta a Evaristo de Moraes. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 2. ed. Org. Michelangelo Bovero, trad. Daniela Baccacia Versiani. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora UnB, 2000. v. 1.

BUENO, Eduardo. Patrono dos homens públicos ímprobos. *Época*, 18 ago. 2010. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/>. Acesso em: 8 maio 2016.

CANARIS, Claus-Wilelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto Coimbra. Portugal: Almedina, 2016.

CARDOSO, Fernando Henrique. *A democracia necessária*. 3. ed. Campinas: Papyrus, 1985.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CUNHA RODRIGUES. *Em nome do povo*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade: comentários à Lei federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1997.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Trad. Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fundação do Desenvolvimento Educacional, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revam, 1999.

GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. Improbidade administrativa. *Revista Trivium de Ciências Gerenciais, Jurídicas e Tecnológicas*, Belo Horizonte, Editora Newton Paiva, n. 1, p. 75-94, fev. 2005.

GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. A contrapartida dos deveres. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 17 set. 2008. Seção Opinião.

GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. Judicialização da política. *O Estado de S. Paulo*, 3 out. 2012. Seção Opinião, p. A-2.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Editora RT, 1997.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília-DF, p. 14.380-14.382, 05 out. 1988.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 2. ed. Trad. Richard Paul Neto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed. Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

JUDT, Tony. *Pós-guerra: uma história da Europa desde 1945*. Trad. José Roberto O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

LEIS sob suspeita. *Folha de S. Paulo*, 19 abr. 2017. Editorial, p. A-2.

LEVITSKY, Steven. Líderes eleitos usam as instituições para subverter a democracia. Trad. Paulo Migliacci. *Folha de S. Paulo*, 24 ago. 2018. Caderno Eleições 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Harmonia e independência dos poderes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Princípios constitucionais relevantes: a Constituição interpretada pelo Conselho Superior de Direito da Fecomércio SP*. São Paulo: Fischer2, 2011. v. 1.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de direito político*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2002.

ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2008.

PAZZIANOTTO PINTO, Almir. Deixem em paz a Constituição. *Correio Braziliense*, Brasília, 05 nov. 2014. Seção Opinião.

PEDREIRA, Luís Eduardo Bulhões. Insegurança jurídica. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 04 dez. 2001. Seção Opinião.

PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO FERREIRA. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e reforma no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro (evolução institucional)*. São Paulo: Malheiros, 2011.

TÁCITO, Caio. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 218, p. 1-10, out./dez. 1999.

TELES FILHO, Eliardo. “Presidencialismo de coalizão” vive improvisto há quase 30 anos. *Consultor Jurídico*, 1º jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-01/observatorio-presidencialismo-coalizao-improvisto-30-anos>. Acesso em: 17 ago. 2018.

TEMER, Michel. Por uma democracia eficiente. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2 set. 2013, p. A-5.

TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia?*. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis/RJ: Vozes, 1996.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Em defesa da Constituição. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 abr. 2017, p. B-2.

VILLA, Marco Antonio. Falácias sobre a luta armada na ditadura. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 maio 2008. Seção Opinião.

VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Leya, 2011.

“O Brasil começa dia 5. A sessão final da Constituinte, solene, será a da promulgação. Mas poucas madrugadas serão comparadas à de sexta-feira, dia 2, quando se votou o último artigo da nova Carta.”

Jornal da Constituinte

Brasília, 12 a 18 de setembro de 1988.



Musical notation for the song "Pátria amada, Brasil!". The notation is presented on three staves. The top staff shows a treble clef, a key signature of one flat (B-flat), and a common time signature (C). The middle staff contains the lyrics: *Pá - tria a - ma - da, Bra - sil!*. The bottom staff shows musical notes corresponding to the lyrics.

Os métodos autocompositivos de solução de conflitos no Brasil: sua legitimidade jurídica, democrática e os desafios da sua implementação após os 30 anos da Constituição Federal

Saulo Versiani Penna

Desembargador da 19ª Câmara Cível do TJMG;
3º Vice-Presidente do TJMG, gestão de 2016 a 2018;
Mestre e Doutor em Direito; Professor Universitário.

Fernanda Tironi Versiani Penna

Graduanda em Direito pela PUC-Minas;
Ex-Estagária do TJMG e do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG).

1 Introdução

A nova sistemática procedimental civil trazida pela Lei nº 13.105/2015 teve como escopo ajustar-se às garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, como se depreende já do início da exposição de motivos do novo diploma legal codificado.

A par das alterações necessárias a permitir que a ritualística civil se mostrasse adequada à Constituição Federal de 1988, o novo Código de Processo Civil, na sua parte geral, demonstra a preocupação com a constitucionalização do “processo”, dedicando 12 artigos às

Normas Fundamentais do Processo Civil, como bem anota Humberto Theodoro Júnior (2018).

E o que se extrai da principiologia dessa lei processual é o tripé em que se assenta todo o sistema, que se pode resumir na preocupação com a segurança jurídica processual, no cooperativismo procedimental, incremento e institucionalização dos métodos autocompositivos.

Por sinal, no que respeita à conciliação e à mediação, observa-se evidente intenção do legislador processual em introduzi-las como condição de procedibilidade das demandas judiciais, diferentemente do que se via no Código de Processo Civil de 1973, que, malgrado as alterações para colocar a conciliação como meio alternativo à crescente contenciosidade jurisdicional, não teve por objetivo institucionalizar a autocomposição, mesmo porque nem sequer previu a mediação.

Já o CPC de 2015, por intermédio de seu art. 3º, além de incluir expressamente a conciliação e a mediação no conceito de amplo acesso à Justiça, ao regular o princípio fundamental da inafastabilidade da Jurisdição, veio a prevê-las como métodos essenciais à regularidade dos procedimentos contenciosos e ainda o seu emprego de forma estimulada por todos os atores responsáveis pela pacificação das controvérsias, inclusive em fase anterior à propositura de eventuais ações judiciais.

Decerto, o CPC de 2015 consolidou a “política nacional de tratamento adequado de solução de conflitos”, já posta em regulamentação administrativa pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da vanguardista Resolução nº 125/2010, o que restou ainda mais firme com a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares e no âmbito da Administração Pública.

Portanto, é de fácil constatação que as normas jurídicas específicas vieram a dar respaldo ao desejo do legislador constituinte originário de efetivamente promover a “solução pacífica das controvérsias”, como se infere já do preâmbulo da nossa Constituição.

Ora, o empoderamento da cidadania e a afirmação das liberdades públicas pela sociedade, bem como a responsabilidade do Estado

pela paz social, são temas que merecem aprofundamento de estudos, sem se descuidar do cotejo com os demais instrumentos procedimentais advindos com a novel legislação, que tem por fim conferir equilíbrio e segurança jurídica na solução de conflitos.

Assim, este artigo visa possibilitar a reflexão sobre a importância dos métodos autocompositivos no Brasil, especialmente como meio legítimo de afirmação democrática, além de chamar a atenção para a necessidade do Estado de aparelhamento, estruturação dos sistemas e melhorias imprescindíveis à sua efetiva aplicação prática.

2 Da afirmação das liberdades públicas no Estado Democrático de Direito

Para que se promova melhor análise do tema proposto, é essencial estabelecer o delineamento das chamadas “liberdades públicas”, uma vez que a sistemática dos métodos autocompositivos assenta-se, necessariamente, na liberdade do ser humano de se autoafirmar por intermédio de sua plena capacidade volitiva.

Como ensinam Jean Rivero e Hugues Moutouh (2006, p. 10), a palavra liberdade, em sua definição mais clássica, é entendida como a “condição do homem que não pertence a nenhum senhor” e ainda “poder agir ou não agir”. E o que faz com que uma simples liberdade se torne uma “liberdade pública” é a intervenção do poder público para reconhecê-la e regulamentá-la, de forma a consagrá-la como parte do direito positivo. Por isso, os mencionados autores, na mesma obra, conceituam liberdades públicas como: “poderes de autodeterminação consagrados pelo direito positivo”.

Além disso, é importante não confundir liberdades públicas e direitos do homem; primeiro, quanto ao conteúdo, uma vez que aquelas constituem poderes de escolha, e estes atribuem ao cidadão um

crédito contra a sociedade, a qual se vê obrigada a fornecer prestações positivas. Segundo, quanto à perspectiva, os direitos do homem possuem sua origem em direitos naturais, pouco importando o direito positivo, já as liberdades públicas são reconhecidas e regulamentadas pelo Estado, inseridas no ordenamento jurídico vigente.

Portanto, “[...] as liberdades públicas são mesmo direitos do homem, nem todos os direitos do homem são liberdades públicas. As duas noções se sobrepõem largamente, mas não se coincidem” (RIVERO; MOUTOUH, 2006, p. 13).

Ademais, a investigação do fenômeno da afirmação das liberdades públicas, no Estado de Direito Democrático, requer que se faça antes um breve delineamento da conjuntura histórica em que este se insere.

Ora, sabe-se que o Estado Liberal de Direito:

[...] Sob a égide dos princípios jusnaturalistas no campo privado, sobretudo na consagração dos princípios de igualdade e liberdade dos homens, o Direito Público deveria, por um lado, assegurar o não retorno ao absolutismo, limitando a atuação do Estado à Lei e, por outro, delimitar os espaços de liberdade dos indivíduos, restringindo as atividades estatais à defesa da ordem e segurança pública, ao remeter os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual de concorrência. O público, portanto, passa a existir para garantir a livre atuação do privado [...] (PENNA, 2011, p. 31).

Nesse momento, é que a escola da exegese teve grande importância e que o positivismo jurídico é exaltado. Não há, portanto, que se falar, nesse modelo, em direitos coletivos e sociais.

Contudo, os inúmeros problemas sociais causados pela sistemática do capitalismo e do liberalismo econômico e as consequências da Primeira Guerra Mundial resultaram no desmoronamento do Estado Liberal.

Surge, então, o Estado Social de Direito, que se identifica com o *status positivus socialis*, diferentemente do paradigma anterior, o qual

se define pelo *status libertatis*, tendo trazido ações positivas do Estado, as quais procuravam implementar a igualdade e a liberdade materiais. É nesse segundo paradigma que os direitos fundamentais, ou sociais, dos cidadãos são inseridos nos ordenamentos jurídicos dos mais diversos países.

No Estado Social, porém, ressalta Almeida (2008), não há uma ruptura verdadeira com o Estado Liberal, mas apenas uma necessária e estratégica correção de rumo do liberalismo, ao garantir alguns direitos políticos e sociais, sempre com escopo individual, apoiados no positivismo radical. Ademais, a cidadania não passava de uma promessa estatal, constatava-se a massificação da população, uma vez que o povo se via como mero destinatário dos programas sociais garantidos constitucionalmente.

Assim, a crise desse “novo” paradigma, que, na verdade, pouco tem de “novo”, torna-se evidente. A esse respeito, Dal Bosco afirma:

A crise do Estado Social está dimensionada sobre valores da igualdade e da solidariedade. A deslegitimação histórica deste modelo, proporcionada pelo isolamento dos cidadãos e consequente ausência de participação e cooperação na formação do interesse geral, provoca uma crise de representação e liberdade de expressão (DAL BOSCO, 2008, p. 50-51).

Com a ascendência do Estado de Direito, firma-se o princípio da legalidade, o qual implica a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais da pessoa humana pelos preceitos legais. Portanto, é nesse instante que as liberdades públicas começam a ganhar destaque no ordenamento jurídico.

Entretanto, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, é que se fala em Estado Constitucional, o que, necessariamente, passou a exigir a “prática democrática”, visto que a “Carta Constitucional”

vem, por conseguinte, a reclamar legitimação normativa por toda sociedade. Por óbvio, isso só é alcançado por meio de instrumentos que garantam aos litigantes discutir seus conflitos de forma adequada, cheguem eles próprios a uma solução compartilhada e se consiga daí a efetiva pacificação social.

E, se o que se busca, na democracia, é o fortalecimento das liberdades públicas, para assegurar ao cidadão ser ele concretamente “sede do poder político” (PENNA, 2011, p. 42), impõe-se ao Estado a institucionalização dos meios autocompositivos de solução dos conflitos, pois eles significam o direito e a efetivação da cidadania na prática.

Por sinal, Jürgen Habermas (1997) lembra que a participação cidadã na sociedade deve ser pautada em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, tanto no sentido cognitivo, o qual permite que o cidadão forme uma aceitabilidade racional, quanto no sentido prático, que, por sua vez, implica a produção de relações pacíficas e livres de violência.

Ora, se o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito (HABERMAS, 1997), e isso somente se obtém por uma ativa e direta participação da sociedade, a solução pacífica de litígios pelos membros dessa mesma sociedade apenas será possível em espaço institucional de comunicação entre os legítimos interessados na sua solução.

3 A responsabilidade do Estado pela efetiva pacificação social

O Estado é sociedade política que se distingue de todas as outras eventuais formas de agrupamento social, exatamente pelo seu caráter obrigatório, o que, por conseguinte, se lhe impõe deveres em relação aos indivíduos que dele fazem parte. E um dos principais deveres é a realização do bem público, o que implica necessariamente a sua responsabilidade pela pacificação social (AZAMBUJA, 1980).

O Direito, por sua vez, é fator intrínseco à existência da sociedade organizada e, por excelência, o instrumento para se realizar essa pacificação. É por isso que a nossa Constituição Federal, a par de espelhar a sociedade plural brasileira, ao deixar em seu texto as claras marcas das influências de diferentes grupos sociais, as diversas contradições, problemas e conflitos para serem equacionados (DALLARI, 2005), não se esqueceu, no seu preâmbulo, do comprometimento estatal, no âmbito interno e internacional, com a “solução pacífica das controvérsias”.

E além de o preâmbulo servir de fonte essencial à interpretação e integração normativa de todo o texto da Constituição, o inciso VII do art. 4º, que se insere nos princípios da República Federativa brasileira, deixa expresso o comando “a solução pacífica dos conflitos”, notadamente no âmbito das relações internacionais.

Ademais, com o desenvolvimento da sociedade contemporânea, o estreitamento das relações econômicas, sociais e políticas, que resultou no crescimento natural dos conflitos, o texto constitucional brasileiro passou de norma meramente programática, de um sonho do constituinte originário, a ser entendido como norma de efeito concreto e de plena aplicabilidade para a resolução dos múltiplos conflitos.

No entanto, remanescia, com a ritualística do CPC de 1973, a ideia tradicional e prevalente da única solução dos litígios por intermédio da típica jurisdição contenciosa, mediante a decisão decorrente da autoridade do juiz.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, houve sensível mudança de paradigma, pois, além de o novel diploma codificado trazer em seu texto princípios fundamentais de direito processual, concretizou institucionalmente a conciliação e sistematizou a mediação, sob a ótica do princípio maior da inafastabilidade jurisdicional, materializando inequivocamente a ideia de “amplo acesso à Justiça”, que sempre foi debatida e desejada em regimes democráticos.

Como se vê, o novo CPC veio ao encontro do que já estipulara o Conselho Nacional de Justiça pela Resolução nº 125/2010, dando inteira adesão à chamada “Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”, com previsão, inclusive, em seção específica, dentro do Capítulo “Dos Auxiliares da Justiça” (PENNA, 2014), dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, responsáveis pelas sessões de conciliação e mediação, bem como pelo incremento da sistemática da autocomposição.

Portanto, do contexto da ordem legislativa e administrativa, isto é, do Direito Positivo, impõe-se a responsabilidade do Estado, por intermédio de todos os seus agentes, pela efetivação da pacificação social, com a obrigação de dotar as normas de eficácia prática e plena, assegurando, conseqüentemente, a estabilidade das relações jurídicas e sociais.

4 Segurança jurídica das decisões jurisdicionais e eficácia de seus instrumentos

Os diversos métodos idealizados e estabelecidos para o sistema legal procedimental buscam a formação de decisões racionais, legítimas e certas, a fim de proporcionarem a almejada segurança jurídica. Contudo, na incessante procura por essa segurança e harmonia das decisões judiciais, surgem propostas que subvertem os princípios democráticos e constitucionais, uma vez que, quase sempre, o escopo da estratégia e do utilitarismo se faz presente.

Adverte Habermas (1997) que não é suficiente promover meios que indiquem uma pretensa segurança jurídica, mas é necessário que as decisões judiciais sejam legítimas. E “não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante os tribunais, pelo caminho da ação” (HABERMAS, 1997, p. 226).

Por sinal, Habermas (1997) critica a teoria de Ronald Dworkin, pela qual se busca explicar como a decisão judicial pode, simultaneamente, proporcionar segurança jurídica e ser legítima. Enquanto Dworkin sustenta que as decisões singulares devem ser fundamentadas em contexto coerente do direito vigente racionalmente construído, isto é, em um “realismo racional”, Habermas desconstrói essa ideia, ao mostrar que isso só seria possível mediante a atuação da figura do “Juiz Hércules”, assim chamado pelo próprio Dworkin, que teria visão e entendimento perfeitos de todo ordenamento jurídico vigente.

Habermas (1997) deixa claro que a teoria de Dworkin, ao contrário de propiciar segurança jurídica e conferir legitimidade ao direito, traz insegurança e agravamento dos conflitos, pois o juiz não possui papel construtor, atribuído ao legislador. Portanto, a procura por segurança jurídica, fundamentada em figuras singulares e oniscientes, acarreta a formação de ideologias, o que se distancia, em muito, do objetivo real de pacificação social.

Aliás, para Habermas (1997), a legitimidade (não apenas estrita e limitada legalidade) e a segurança jurídica das decisões judiciais têm que se apresentar por intermédio da própria compreensão procedimental do direito, que se explica pelo que ele denomina “teoria do discurso”.

Ora, os diversos problemas na atuação do Judiciário brasileiro podem muito bem ser entendidos por meio da teoria habermasiana. E, dentre esses problemas, destacam-se o aumento imenso de demandas judiciais, de recursos nos tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal.

Constata-se, com essa sistemática, uma contenciosidade descomunal, que gera instabilidade de interpretação normativa, insegurança de decisões e, por consequência, mais litígios, num “efeito espiral” totalmente contrário à pacificação social desejada pela Constituição Federal.

E nem mesmo institutos idealizados na nova lei de ritos editada em 2015, para pretensamente coibir o demandismo exacerbado e a proliferação de provimentos jurisdicionais contraditórios, surtiram o efeito desejado.

Basta lembrar que até em relação ao STF, desde a sua Emenda Regimental 3/1975, a qual passou a prever, no seu Regimento Interno, o critério da “relevância” para a admissibilidade dos recursos extraordinários, ou mesmo depois, com a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, não se operou diminuição de recursos para aquele sodalício, nem mesmo a esperada pacificação de entendimentos no âmbito judicial.

Por sinal, após quase 30 anos, por meio da Emenda Constitucional de 45/2004, foi instituído outro filtro de acesso ao STF, que foi concretizado em 2007, pela Emenda Regimental 21, sendo que, por ele, o tribunal deixaria de julgar casos e passaria a definir teses.

A “repercussão geral”, uma vez reconhecida, tem como consequência o sobrestamento de todos os demais recursos que versam sobre o mesmo tema. Contudo, depois de mais de 10 anos de sua implementação, não há sinais que apontem para uma melhora na crise que o Judiciário enfrenta.

Dados divulgados pelo *site* do Supremo Tribunal Federal demonstram que, em 2016, o STF recebeu 90 mil processos novos e, em 2017, 103 mil. E os números indicam que o tribunal tem sido cada vez mais procurado e, mesmo com o aumento de sua produtividade, não se consegue evitar o acúmulo de processos.

Aliás, outro problema é o de que esses feitos julgados acabam, muitas vezes, de maneira conflituosa, contradizendo precedentes que já haviam sido firmados pela mesma Corte, criando um clima de insatisfação entre aqueles que litigam. Em 2017, essa situação notoriamente se agravou, uma vez que o STF foi protagonista de decisões que tiveram grande impacto no cenário político brasileiro e, segundo informações do Anuário da Justiça (2018), das 30 decisões mais im-

portantes tomadas pela corte, em 2017, 10 decisões foram tomadas por maioria de seis votos, ou seja, o mínimo necessário, sendo que apenas três foram tomadas pela unanimidade dos votos.

Portanto, malgrado evidente o aumento da atuação e da produtividade da mais alta corte do Judiciário brasileiro, os institutos procedimentais em vigor, no campo apenas da contenciosidade, não proporcionaram a desejada diminuição da litigiosidade, seja em relação à quantidade de recursos, ou mesmo quanto às novas demandas, o que, por conseguinte, indica ausência de efetiva segurança jurídica e pacificação social.

5 O cooperativismo procedimental judicial

O “processo” é considerado tradicionalmente um feixe de relações jurídicas estabelecidas entre os diversos sujeitos processuais (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Entretanto, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, no dia 18 de março de 2015, o conceito de relação processual tomou novas nuances, uma vez que o atual CPC busca desconstruir aquela relação clássica de subordinação das partes em relação ao juiz.

A Lei nº 13.105/15, em seu art. 6º, fixa a cooperação entre os sujeitos do processo para que se obtenha decisão de mérito justa e efetiva. Percebe-se, portanto, a grande importância atribuída ao princípio da cooperação pela mais recente legislação processual.

Os modelos atuais processuais incluem o Judiciário como um dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como espectador do litígio (OLIVEIRA, 1999 *apud* DIDIER JÚNIOR, 2015), logo, a sociedade deve ser vista por meio de uma perspectiva coparticipativa, de modo a afastar qualquer protagonismo judicial (NUNES, 2008).

Ademais, o princípio da cooperação, que tem como fundamentos o devido processo legal, a boa-fé processual e o contraditório, direciona a forma pela qual os procedimentos judiciais devem se estruturar no direito brasileiro (DIDIER JÚNIOR, 2015), e a sua concretização implica o exercício pleno do contraditório, o qual assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia.

Diante disso, surgem deveres tanto para os litigantes, quanto para o Judiciário, o qual assume posição paritária na condução do processo e no diálogo processual, mas possui posição assimétrica, no momento da decisão, sem menosprezar o papel das partes, as quais atuam de forma equilibrada e comunicativa (DIDIER JÚNIOR, 2015). Portanto, a cooperação determina que as partes não tenham sua participação limitada à discussão da gestão do processo pelo juiz, mas que, efetivamente, participem do processo.

Contudo, em um processo contencioso, apesar de a decisão ser resultado da atividade processual que ocorreu em cooperação, do diálogo estabelecido durante todo o *iter* procedimental, uma vez que a atividade cognitiva é compartilhada, ela continua a ser uma manifestação de poder, exclusivo do órgão jurisdicional (DIDIER JÚNIOR, 2015). Assim, não há paridade no momento da decisão, trata-se de função exclusiva do julgador.

Nesse ponto, deflagra-se a grande assimetria entre a atuação das partes e a do Judiciário. A decisão judicial é essencialmente um ato de poder, imposto àqueles que buscam solucionar seus conflitos pela via contenciosa.

Por outro lado, inegavelmente, destacam-se os métodos autocompositivos de solução de conflitos, uma vez que o ato decisivo resultante do seu procedimento não consiste em função exclusiva do juiz, já que será obtido, embora com o auxílio do Judiciário, pelas próprias partes.

Observa-se, dessarte, na prática dos métodos autocompositivos, a total concretude do cooperativismo procedimental, o que possibilita a construção de decisões melhores, de verdadeira pacificação social, por meio de um procedimento mais legítimo e eficiente.

Aliás, se o que se deseja pela nova sistemática processual é a aproximação civilizada de litigantes para a busca do diálogo e, por conseguinte, com auxílio do Estado, atingir-se o escopo de efetiva pacificação social, não há dúvida de que, na autocomposição, estará sendo observado, na sua melhor acepção, o cooperativismo trazido pela novel lei instrumental civil.

6 A autocomposição e o empoderamento cidadão

O sistema procedimental da autocomposição revela-se como novidade em nosso ordenamento jurídico também sob o enfoque da autoafirmação do Estado Democrático de Direito, na medida em que confere especial importância, para a solução adequada de conflitos, da expressão volitiva das pessoas litigantes.

Não há nada mais “democrático”, isto é, de efetiva participação nos interesses assegurados pelo Direito, do que o exercício absoluto da liberdade de decidir sobre os negócios ou conflitos, privados ou públicos, de acordo com a própria vontade.

No plano normativo, o CPC de 2015 trouxe, em seu art. 166, como princípio da mediação e da conciliação, a autonomia da vontade das partes. Da mesma maneira, quanto à mediação, a Lei nº 13.140/15 reforça expressamente o mesmo princípio. Por ele se estabelece que todo o procedimento da mediação e da conciliação deve ser estruturado de modo que possibilite que os próprios envolvidos cheguem à melhor solução para o conflito jurídico. Esses meios de solução de conflitos devem, portanto, permitir que as pessoas decidam os rumos do litígio, para que possam ser protagonistas de uma possível saída consensual (TARTUCE, 2015).

A voluntariedade consiste, portanto, em diretriz indispensável na prática dos métodos consensuais de solução de conflitos, além de ser fundamento precípua dos métodos autocompositivos.

Escreve Tartuce:

Quando a autocomposição é imposta, perde sua legitimidade, visto que as partes não são propriamente estimuladas a compor seus conflitos, mas coagidas a tanto. Tal conduta, que pode ser denominada ‘pseudoautocomposição’, é altamente criticável (TARTUCE, 2015, p. 90).

Assim, a soberania da livre vontade, garantida pelo Estado, no contexto das liberdades públicas, permite a efetivação da cidadania, como já dito, por intermédio do “empoderamento” dos indivíduos ou grupo de pessoas que desejam a resolução definitiva de demandas.

A propósito do conceito da “liberdade”, ensinam Rivero e Moutouh, citando Littré:

‘Condição do homem que não pertence a nenhum senhor’ e ainda ‘poder agir e não agir’. Da comparação das duas fórmulas, ressalta uma ideia essencial: a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o próprio homem escolhe seus comportamentos pessoais (LITTRÉ *apud* RIVERO; MOUTOUH, 2008, p. 8).

Ora, a democracia pressupõe a “livre expressão da vontade” de uma sociedade organizada, que se torna, de fato absoluta e concreta quando o Estado viabiliza o diálogo entre litigantes e auxilia a que cheguem a uma solução consensual dos seus conflitos. Nesse sentido, os métodos autocompositivos, a par de conferirem emancipação e superação em relação à figura de dominação, concedem poder, mas, sobretudo, responsabilidade, aos interessados na rápida e eficaz resolução de seus litígios.

Logo, pelos sistemas autocompositivos estarão as pessoas exercendo a cidadania, em sentido amplo, pois lhes estarão sendo assegurados o diálogo e a solução compartilhada, com o objetivo de efetiva pacificação.

7 Dos meios alternativos aos adequados para a solução de conflitos

Na contemporaneidade, como, aliás, já se pode constatar pelo desenvolver do presente artigo, a expressão “meios alternativos” é indevida tecnicamente porque traz consigo a noção de que o sistema institucional da autocomposição seria algo fora ou não englobado no acesso à Justiça de consolidada previsão normativa.

Assim é que encontramos expressões similares no meio social e que transmitem a ideia de algo fora do padrão de normalidade ou que não é preconcebido ou cientificamente comprovado ou admitido como *vg*: “música alternativa”, “estilo de vida alternativo”, “medicina alternativa”, “dieta alternativa”, “mídia alternativa”, etc.

Seriam, portanto, a conciliação e a mediação, de acordo com esse entendimento, métodos não convencionais e não estruturados dentro do ordenamento jurídico, visto que “alternativos” à tradicional atividade jurisdicional, esta tida como única e reconhecida solução civilizada para dirimir os conflitos de interesses.

E não parece haver dúvida de que a expressão “formas alternativas”, para identificar a mediação e a conciliação, está intimamente ligada aos sistemas estrangeiros de resolução de conflitos que se acham fora do exercício jurisdicional, o qual se desenvolve pela autoridade do magistrado, detentor da obrigação de dizer o direito e terminar a demanda por intermédio de um procedimento contencioso.

Leciona Letteriello:

Os Estados Unidos são o país que, seguramente, mais desenvolveu e aplicou o instituto da mediação, elegendo-o como o mais eficiente entre os métodos alternativos de resolução de conflitos. Prova disso é que, até o ano 2000, existiam nos planos federal e estadual, mais de dois mil e quinhentos atos normativos desse método, entre leis, regulamentos e estatutos (LETTERIELLO, 2017, p. 159).

Também Cabral afirma:

[...] Nos últimos anos, o aumento exponencial ocorrido na quantidade de processos judiciais e na complexidade das demandas nos Estados Unidos gerou uma situação quase insustentável para o Poder Judiciário, em que pese à contratação de novos juízes e o aumento do número de Tribunais. Como resposta a essa situação de lentidão do Poder Judiciário, houve um incentivo às chamadas formas alternativas de solução de conflitos, que nos Estados Unidos recebem o nome de *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Tais formas representam uma imensa variedade de mecanismos alternativos e ágeis de solução de conflitos, com o claro intuito de se evitar que as controvérsias sejam decididas pela via do processo [...]. Em síntese, pode-se afirmar que os sistemas alternativos mais corriqueiros de solução de conflitos nos Estados Unidos são representados pela negociação, conciliação, mediação e arbitragem (CABRAL, 2011).

Entretanto, no Brasil, não é possível mais identificar a conciliação e a mediação como meios alternativos à jurisdição, isto é, como se representassem algo de segunda categoria ou vinculados apenas à ideia de procedimentos estratégicos aptos à redução do acervo processual jurisdicional.

Ora, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao editar a Resolução nº 125/2010, dispôs sobre “a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses”, do que se pode concluir

ter incorporado à nossa ordem jurídica os métodos autocompositivos como formas adequadas de acesso ao Judiciário.

E deixou bem claro o CNJ que a conciliação e a mediação são “instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios”, sendo o sistema indispensável para a concretização do princípio constitucional de Direito-Democrático de “amplo acesso” à Justiça, até porque demonstra estar em consonância com os princípios da celeridade, economicidade e segurança jurídica.

Dessarte, restaram edificadas institucionalmente novas vias e portas para a solução de interesses em conflito, que, além de virem ao encontro dos princípios de Direito Constitucional Processual, têm como principal escopo a efetivação da paz social.

Diante dessa relevância institucional, indevido atribuir à conciliação e mediação a pecha de alternatividade, mesmo porque o nosso legislador constituinte originário de 1988 já havia sinalizado, no preâmbulo da Constituição Federal, a preferência pelas soluções “pacíficas das controvérsias”.

Ademais, o art. 3º do Código de Processo Civil de 2015 dirime qualquer dúvida a respeito do fundamental *status* atribuído aos métodos autocompositivos, ao incluí-los no rol daqueles procedimentos aptos à efetivação do princípio constitucionalizado da inafastabilidade e do direito de ação.

Chama a atenção, aliás, o referido dispositivo do mesmo diploma legal, quando, nos parágrafos segundo e terceiro, emprega os verbos “promoverá” e “deverão”, com evidente conotação imperativa para o Estado nas três esferas de atuação (judiciária, executiva e legislativa), em relação à prevalência para as soluções consensuais dos conflitos, como para todos os atores diretamente vinculados à administração da Justiça, no que se refere à adoção da conciliação, mediação e outros métodos não adversariais.

E a Lei nº 13.140/2015, ao regular a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, veio a corroborar essa posição de equiparação desses sistemas à tradicional atividade jurisdicional, como indicativo expresso de sua integração ao direito fundamental de amplo acesso à Justiça.

Logo, à evidência, inteiramente inapropriado e sem fundamento, no nosso ordenamento jurídico, continuar a empregar a terminologia de “alternativos” aos meios de cunho consensual.

8 Responsabilidade dos tribunais na implementação dos métodos autocompositivos

Resta clara, pelo que até aqui foi delineado, a responsabilidade dos tribunais pela implementação dos métodos autocompositivos.

Não se trata mais de simples “boa prática” ou de procedimento facultativo, mas de sistema institucionalizado por normas administrativas do CNJ, como por normas jurídicas decorrentes da atividade estatal legiferante, tudo em exato compasso com princípios constitucionais fundamentais.

Nesse sentido, impõe-se aos tribunais que se preparem para a concretização dos métodos autocompositivos, desde a adequação normativa interna até o ajuste de seus orçamentos, com expressa previsão de dotação própria de recursos para estruturação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs) e Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), como para o devido recrutamento, capacitação e fiscalização de mediadores e conciliadores.

Urge ainda que os tribunais, em sua atividade administrativa, tanto quanto possível descentralizada, estabeleçam metas e colham os resultados da prática dos procedimentos, a fim de alcançar a correta alocação de recursos públicos, a prestação de serviço de qualidade e

com potencial de credibilidade suficiente para permitir avanços no campo da cidadania.

Importante, ademais, que os tribunais promovam a participação nesses métodos da sociedade civil organizada, como universidades, escolas públicas e privadas, representações de classe e de religião, para que o sistema se capilarize e venha a atingir um número cada vez maior de pessoas, o que demonstra a imprescindibilidade da realização de convênios, parcerias e o incentivo à criação dos chamados Postos Avançados de Conciliação Extrajudiciais (Paces), vinculados aos Cejuscs e Nupemecs, pois tudo isso tem a vantagem de permitir a efetiva inclusão dos verdadeiros interessados na prática da autocomposição, com o objetivo de se conseguir a desejada cultura da paz.

E não se pode olvidar da responsabilidade da Administração Pública pelo fiel cumprimento da Lei nº 13.140/15, devendo ela, portanto, em seu âmbito, adotar os métodos autocompositivos, inclusive, criando as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

Como é notório, o Poder Público é o maior demandante no Judiciário brasileiro, sendo, pois, sua participação nos métodos autocompositivos não somente obrigação inerente à sua atividade de promoção do bem comum, como fator de diminuição do elevado acervo de processos judiciais, com consequências imediatas para a economia dos tribunais e melhoria dos serviços forenses à sociedade.

Cumpre, então, aos tribunais empregarem todos os esforços na materialização dos métodos autocompositivos, tornando-os, de fato, uma realidade no progredir do Estado Democrático de Direito e da sociedade civilizada.

9 Experiência na prática e seus resultados

No campo eminentemente prático, os tribunais brasileiros já têm experiências extremante exitosas quanto à aplicação dos mé-

todos autocompositivos, ao contrário do que ocorre com o uso dos instrumentos procedimentais de cunho contencioso, que tinham por objetivos a segurança jurídica processual e a diminuição do demandismo predatório.

Em relação aos institutos de ritualística afeitos à litigiosidade, é fácil perceber, e os números constantemente divulgados pelo CNJ (2018) assim comprovam, que, além de não afastarem a insegurança jurídica, a sua utilização não conduziu à esperada redução de feitos, tanto no que se refere à propositura de novas demandas, quanto para evitar as variadas vias recursais.

Aliás, o Anuário da Justiça 2018, ao enfatizar a “crise de demanda” junto ao Supremo Tribunal Federal, afirma, no que tange ao instituto da Repercussão Geral:

Foi instituída pela Emenda Constitucional 45/2004 e concretizada em 2007, com a Emenda Regimental 21, do STF. A Emenda 45 nasceu de uma Proposta de Emenda Constitucional, do deputado Hélio Bicudo (PT-SP) em 1992. Ele alegava que todas as instituições da República tinham sido objeto de atenção no ‘processo constituinte’, menos a justiça. O resultado foi o reconhecimento de inúmeros direitos e a indireta promoção do judiciário à condição de árbitro de todos os conflitos do país, mas sem a devida contrapartida administrativa; [...] Dez anos depois de sua implantação, no entanto, a repercussão geral mostra sinais de esgotamento; [...] Em 2017, o sistema resultou no ‘atrasamento da justiça do país’, como diz o ministro Luís Roberto Barroso. Desde 2007, o tribunal analisou a repercussão geral de 974 teses e a reconheceu em 661 – 68% dos casos. Mas não deu conta de julgar tudo a tempo: 359 dos recursos tiveram o mérito julgado e 302 ainda estavam pendentes no dia 23 de janeiro de 2018. Resultado: 1,4 milhão de processos sobrestados [...] (ANUÁRIO, 2018, p. 26-27).

E o que ocorre com o instituto da repercussão geral não é diferente do que acontece com a súmula vinculante, ação declaratória

de constitucionalidade, recursos repetitivos do STJ, incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e incidente de assunção de competência (IAC), pois, malgrado sejam importantes e tenham seu valor na tentativa de se diminuir a insegurança, a proliferação e eternização de feitos judiciais, fato é que são imprestáveis para alcançar uma verdadeira pacificação.

No entanto, em relação aos métodos autocompositivos, se observarmos os resultados obtidos tanto pelo próprio CNJ, como no âmbito dos tribunais, a conclusão é a de que eles devem ser incrementados e valorizados.

E, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), a experiência da prática da conciliação e mediação tem sido das melhores, como se pode constatar do relatório de atividades 2016/2018.

Ações institucionais no TJMG foram fomentadas e outras edificadas.

Assim, foi feita a inclusão Nupemec como órgão do tribunal, com expressa previsão no Regimento Interno,¹ o que serviu para colocá-lo no lugar de importância devida, como permitiu a alocação de recursos orçamentários, lotação adequada de pessoal e estrutura apta a atender as demandas dos juízes coordenadores dos Cejuscs.

E diversas comarcas receberam Cejuscs, após pedido feito pelos juízes e verificada a viabilidade para instalação pelos setores próprios do tribunal, especialmente de engenharia. Por sinal, em Belo Horizonte, foi inaugurada nova sede do Cejusc, que passou a contar com um ambiente melhor para o desenvolvimento dos trabalhos, sendo ele coordenado por juízes exclusivamente designados para a organização, fiscalização e homologação dos acordos.

Também se pensou na extensão dos métodos autocompositivos para os litígios de competência de 2ª instância, daí que se reestruturou o Cejusc 2º grau, para permitir a potencialização da atuação

¹ Cf. Emenda Regimental nº 11, de 29 de maio de 2017.

tanto no campo pré-processual, como nas demandas já ajuizadas e recursos em andamento.

A preparação de pautas temáticas foi recomendada para os Cejuscs, observada a realidade dos litígios em cada uma das regiões das Comarcas de Minas Gerais, como ainda se avançou com os Cejuscs de especialidades de grande alcance para cidadão (social, ambiental e família), sob a coordenação de desembargadores.

Foram estimuladas as parcerias, inclusive com a implantação de diversos Paces, mediante convênios firmados com várias entidades, tanto da academia e educandários, como de setores comerciais, produtivos (Associações Comerciais e Empresariais do Brasil - CACB e Federação das Associações Comerciais e Empresariais de Minas Gerais - Federaminas), e até da esfera do Poder Público (Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais, Companhia de Habitação do Estado de Minas Gerais - Cohab, Defensoria Pública e Comitê Estadual de Saúde de MG). E muitas outras parcerias foram firmadas para aumentar a capilarização dos métodos e a disseminação da cultura da autocomposição.

Igualmente, isto é, para intensificar o sistema e o atendimento aos mais interessados-necessitados, estenderam-se os métodos autocompositivos às pessoas residentes em municípios de baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), por intermédio do Cejusc Intinerante, mediante parceria com o Ministério Público, Defensoria Pública, a Municipalidade e advogados.

E, após convênio com o Tribunal de Justiça do Ceará, que disponibilizou conhecimento, informações, estudos e pesquisas sobre o Sistema Informatizado de Mediação (Sime), o TJMG desenvolveu um programa próprio, compatível com as suas exigências de uso, manutenção e segurança, que permitiu maior controle dos procedimentos, especialmente no setor pré-processual, com sensível avanço e ajuste na colheita de dados estatísticos, bem como da facilitação do acesso

pelo cidadão, especialmente depois de sua expansão para as comarcas do interior do Estado.

Ademais, os resultados obtidos colocaram o TJMG, dentre os tribunais de grande porte, no primeiro lugar na realização de conciliações (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Sem dúvida, o TJMG passou a ser um dos protagonistas no cenário nacional quanto à prática institucionalizada da autocomposição, ao construir pilares por intermédio da normatização, estruturação, execução e disseminação dos métodos, o que já está lhe rendendo frutos de ordem econômica, evitando a litigiosidade predatória, como de caráter social.

10 Conclusão

Os sistemas procedimentais de solução de conflitos no Brasil têm se modificado como uma tendência de aproximação a modelos que há muito tempo se fazem presentes em países democráticos e de afirmação legitimadora dos fundamentos do Direito.

É, portanto, fácil perceber que a nova ritualística trazida pela Lei nº 13.105/2015 veio consolidar, inclusive por intermédio de instrumento codificado, institutos que estiveram a merecer estudos e aplicação prática e que representam formas de melhor atender às novas e crescentes demandas trazidas ao Judiciário brasileiro.

Nesse contexto, inserem-se a conciliação e a mediação, que, de simples “métodos alternativos” à jurisdição tradicional, para se evitar a desnecessária judicialização ou diminuir acervo do contencioso em juízo, passaram ao patamar de institutos de direito processual da típica atividade jurisdicional, inseridos no princípio constitucionalizado da inafastabilidade do acesso à Justiça, com escopo de consecução do Estado de Direito Democrático e da efetiva pacificação social.

Dessarte, os meios autocompositivos mostram-se em consonância com o ideal do Direito contemporâneo e devem ser estruturados pelo Poder Judiciário, mediante devida regulamentação, aparelhamento material e de pessoal, bem como por intermédio da ação coordenadora e fiscalizadora dos magistrados, a quem o Estado, na sua responsabilidade de promover a solução pacífica dos conflitos, impôs a obrigação de compor os litígios de maneira mais adequada, célere, econômica e eficaz.

Por sinal, a experiência da utilização prática e institucional, em nosso meio da conciliação e mediação, já demonstra resultados extremamente positivos, não somente em relação à diminuição do acervo de feitos judiciais, mas quanto à edificação de uma cultura da paz, imprescindível à manutenção da sociedade civilizada, fundada no diálogo e respeito aos princípios constitucionalizados.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo brasileiro: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANUÁRIO da Justiça Brasil. *Revista Conjur*, São Paulo, 2018.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 19. ed. Porto Alegre: Globo, 1980.

CABRAL, Bruno Fontenele. *Alternative dispute resolution (ADR): as formas alternativas de solução de conflitos nos Estados Unidos*. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19574/alternative-dispute-resolution-adr-as-formas-alternativas-de-solucao-de-conflitos-nos-estados-unidos>>. Acesso em: 15 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arqui->

vo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 19 out. 2018.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

LETTERIELLO, Rêmoló. *Temas de mediação no direito comparado*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Resolução do Tribunal Pleno nº 03, de 26 de julho de 2012. Contém o Regimento Interno do Tribunal de Justiça. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 26 jul. 2012. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/rp00032012.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

PENNA, Saulo Versiani. A judicialização dos direitos sociais após 25 anos da Constituição Federal Brasileira. *Lex Humana*, v. 6, n. 1, jul. 2014. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/554>. Acesso em: 15 out. 2018.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

O dia da promulgação

“ **9h** - O cardeal de Brasília, d. José Freire Falcão, e o pastor evangélico Josiel Nunes Gomes celebram culto ecumênico no gramado da Esplanada dos Ministérios.

10h30 - O deputado Ulysses Guimarães recebe os cumprimentos das delegações estrangeiras no Salão Nobre da Câmara dos Deputados.

15h20 - O presidente José Sarney, Ulysses e o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Rafael Mayer, passam em revista as tropas do Exército, Marinha e Aeronáutica, que estarão no gramado diante do Congresso.

15h25 - No hall do Salão Negro, os três serão recebidos pelo presidente do Senado, Humberto Lucena, e pelos membros das Mesas da Constituinte, Câmara e Senado mais o relator Bernardo Cabral. Sarney e Mayer serão depois levados ao Salão Nobre do Senado.

15h30 - Ulysses instala a última sessão da Constituinte e nomeia uma comissão de líderes para acompanhar Sarney e Mayer até a mesa dos trabalhos. Depois de anunciar que a sessão se destina a promulgar a nova Constituição, Ulysses determinará a execução do Hino Nacional por uma banda militar que estará nas galerias. Em seguida, o presidente da Constituinte assinará originais da Constituição e a declarará promulgada. Sarney, Mayer e Lucena receberão um exemplar da nova Carta. Os demais originais ficarão com a Câmara e o Arquivo Nacional.

17h - Coquetel oferecido às autoridades estrangeiras e nacionais.

20h30 - Ulysses oferece jantar às delegações estrangeiras, presidentes de Assembleia Legislativa e líderes partidários na Constituinte, no restaurante do 10º andar (Anexo IV) da Câmara dos Deputados. ”

Folha de São Paulo

São Paulo, 5 de outubro de 1988.



A Justiça e os vulneráveis: o Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais incorporados pela Constituição Federal de 1988

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes

Juiz de Direito da 23ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG

1 Introdução

Em uma era de incertezas, como estamos hoje a viver, sobrelava a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 como esteio da democracia e representação do anseio de justiça social.

De forma original na nossa história, a Carta Constitucional destacou em seu texto os direitos e garantias fundamentais como vetores seminais da própria República refundada, marcando, assim, a razão de ser do Estado e o desenvolvimento da ideia de Justiça.

Pensada como uma Constituição analítica e dirigente, a coerência continua a exigir dos seus intérpretes a defesa do conteúdo prescritivo dos direitos e garantias fundamentais, de modo a imprimir força à máxima efetividade de seus preceitos.

Para tanto, a Carta Magna inovou, mais uma vez, ao destacar a competência precípua do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

Os desafios se avolumam, porém, em um país onde mais de cinquenta milhões de pessoas vivem abaixo da linha de pobreza, segundo critérios do Banco Mundial, sendo que, dessas, próximo de quinze milhões sobrevivem em condição de pobreza extrema.

O que se busca discutir são os limites de atuação do Poder Judiciário, posicionado como intérprete guardião da Constituição, diante do paradoxo de se amparar a realização de prestações positivas em prol daquela parcela vulnerável da população que, por vezes, nem sequer tem condições de exigir os direitos que lhe são constitucionalmente assegurados.

2 Mínimo existencial e reserva do possível

A observância dos direitos fundamentais como norte interpretativo da Constituição do Brasil tem sustentação tanto em uma visão preceptiva neoconstitucionalista, com foco na ponderação de valores e no próprio critério axiológico, como em uma perspectiva jurisprudencial, com o primado da norma sobre a substância, pois ainda servirão os princípios fundamentais como critério hermenêutico.

Assim, ao destacar a dignidade da pessoa como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, como se vê pelo artigo 1º, III, a Constituição de 1988 (CF) sentenciou que todo o sistema normativo pátrio seria afetado pelos seus efeitos irradiantes, não sendo mais possível que os direitos fundamentais, sua eficácia e garantia, fossem deixados de lado na aplicação e avaliação das normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Por consequência, se o intérprete tem de observar a realidade social que o circunda na linha jurídico-estruturante, o fato de, nas ruas brasileiras, sobreviverem mais de cem mil pessoas¹ em estado de extrema vulnerabilidade deve ser levado em conta ao ponderar regras e princípios que versem sobre os direitos a prestação material, com des-

¹ Cf. http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29303.

taque para o direito à moradia, enumerado pelo artigo 6º da CF como um direito social.

Da mesma forma, ao lançar mão do método hermenêutico-concretizador, deve o intérprete observar a Constituição como um todo unitário, respeitando os seus valores e sua intenção jurídico-normativa de forma coesa, atribuindo máxima efetividade aos direitos fundamentais, ao garantir a eficácia das prestações positivas que devam ser realizadas através do Estado.

A mediação criadora realizada pelo intérprete da Constituição só se revela válida quando constitui forma de agregação das relações sócio-políticas, não se devendo olvidar da experiência transconstitucional que nos apresenta o sistema de proteção internacional orientado à proteção dos factualmente mais fracos, identificados como aquelas pessoas em situação de alta vulnerabilidade.

A própria noção de mínimo existencial, trazida pela Constituição de 1988 através da conjugação da observância da dignidade da pessoa (inciso III do art. 1º) com o objetivo de erradicação da pobreza e da marginalização imposto à República Brasileira (inciso III do art. 3º), serve como limitadora da concepção econômica da reserva do possível.

Com efeito, em relação à reserva do possível, faz-se mister observar que, para se dar efetividade à proteção da dignidade da pessoa, o substrato social deveria ter as condições básicas de sustentação e recursos materiais, bem como o fluxo desobstruído para o acesso aos serviços sociais básicos, inclusive o de justiça.

Como se sabe, o argumento da reserva do possível foi importado do direito alemão (*Vorbehalt des Möglichen*) em razão da *ratio decidendi* do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre o acesso universal a cursos de medicina, que definiu que poderiam ser negados ao cidadão serviços sociais decorrentes de pleitos não razoáveis e ilimitados.

Referido argumento não pode ser utilizado, porém, para se negar o acesso às condições inerentes à própria sobrevivência do indi-

víduo, concretizando-se, por vezes, em diversionismo para justificar a omissão do Estado.

3 Guardiã da Constituição

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição. Essa afirmação pode ser extraída do art. 102, *caput*, da Carta Magna e se concretiza em princípio diretor do sistema de supremacia judicial adotado pela Carta de 1988.

Não se trata de indicação menor, a estruturação do Judiciário como guardião primordial da Constituição serve de âncora em democracias antigas, como a estadunidense, ainda que sem a necessidade de sua reprodução em Cartas sintéticas.

Nos Estados Unidos, o mito desenvolvido em torno do *leading case Marbury v. Madison*, que criou a tradição do *judicial review*, foi introjetado, desde cedo, na sociedade estadunidense como pilar da democracia, tendo definido o Judiciário como ente ativo de controle dos atos do Executivo, inclusive de suas omissões.

O caso é conhecido, mas o fato de ter sido gerado de uma interpretação positiva de uma querela política menor, conclusão que não aconteceu no Brasil ao se analisar exemplos semelhantes, demonstra a sabedoria dos Constituintes em relação à estrutura da redação do artigo 102 já citado.

Quanto ao caso *Marbury v. Madison*, consta que nada de nobre havia na decisão do *justice Marshall*. Com efeito, no crepúsculo do governo Federalista, o Presidente Adams baixou o *Sedition Act*, que, na prática, punia aqueles que emitissem opiniões contrárias a ele ou ao seu partido, o que causou grande reação popular, contribuindo para que o republicano Jefferson fosse eleito presidente dos Estados Unidos da América. Todavia, no interstício da eleição até a entrega do cargo, Adams, com a chancela do Senado, tentou expandir o seu po-

der através do controle do Judiciário, com a nomeação de 42 *justices of the peace* com mandatos de cinco anos, entre os quais se encontrava William Marbury. Jefferson, ao assumir o poder, repeliu, através do seu Secretário de Estado James Madison, a prática adotada pelo seu antecessor, anulando as novas jurisdições e os cargos a elas correlatos. O *justice Marshal*, que, por acaso, havia sido indicado por Adams, presidiu o julgamento, acabando por ser decidido que Marbury tinha direito à sua delegação judicial, apesar de não ter determinado que Jefferson ou Madison fizessem, na prática, alguma coisa para tanto. Não obstante, o precedente foi elevado ao inconsciente coletivo do norte-americano como a afirmação do poder judicial para rever a constitucionalidade de atos tanto do Executivo quanto do Legislativo.

Pois bem, aqui no Brasil, no início do período republicano, tivemos o Recurso de Revisão Criminal 215, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1896, que ficou conhecido como o caso do “crime de hermenêutica” e voltou à baila apenas em razão das discussões sobre o projeto da nova lei de abuso de autoridade.

Conhecido no âmbito restrito da academia e do meio forense, o caso do Juiz Alcides de Mendonça Lima, que desafiou o ímpeto de Júlio de Castilhos, então Presidente do Estado do Rio Grande do Sul, de tolher a independência do júri através da criação de uma nova lei de organização judiciária, ao arrepio da Constituição Federal de 1891, é emblemático não apenas pelo reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de que não pode ser imposta à magistratura que se abdique de si mesma, nas palavras de Rui Barbosa, sendo írrita a tentativa de criminalização da atividade judicante, pois não existem crimes de hermenêutica.

Não obstante, embora a decisão do Supremo Tribunal Federal se assemelhe em natureza à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Madison v. Marbury*, em 1803, como afirmação do controle judicial da constitucionalidade das leis e a vinculação definitiva do Judiciário à guarda da Constituição, a contenda “Mendonça Lima v.

Castilhos” permaneceu apenas como objeto de estudo acadêmico, distante da sociedade, e em nada auxiliou na defesa da democracia quando das ameaças autoritárias.

Na esteira do embate ideológico subjacente Kelsen-Schmitt, conhecido como “luta pelo método” (*Methodenstreit*), que contaminou a discussão sobre a relação entre o direito e a política na República de Weimar e inspirou o nazismo, a questão sobre a prevalência da soberania popular sobre a supremacia judicial perpassou o Estado Novo e o Regime Militar, chegando hoje, infelizmente, ao meio jurídico-político, independente da cor da bandeira ou da inspiração ideológica.

Como se sabe, pela linha de Hans Kelsen, juspositivista que havia sido juiz na Corte Constitucional austríaca, a unidade normativa dos sistemas jurídicos poderia ser equilibrada pela norma fundamental - a Constituição, no nosso caso - sendo o tribunal constitucional - o Supremo Tribunal Federal no Brasil - por consequência, o guardião da Constituição, pois tal instituição é essencial para adequar a norma inferior, vivida concretamente no dia a dia de cada cidadão, aos limites impostos deontologicamente pela Constituição.

Carl Schmitt pensava de forma diferente. Foi ele conselheiro jurídico do Governo Federal alemão no embate com a Prússia, em 1932, no processo decorrente do golpe promovido pelo chanceler conservador Franz von Papen, conhecido como *Preussenschlag*, que favoreceu os nazistas, grupo a que viria Schmitt aderir oficialmente em 1933.

Para Schmitt, o ordenamento jurídico devia a sua existência a um fato anterior decisionista, ou seja, à decisão emanada de alguém que é soberano, e não a uma norma jurídica. Portanto, o guardião da Constituição seria aquele que tivesse o poder de decidir, já que a vontade geratriz de outras vontades e ações seria o poder político. Pautava Schmitt a sua noção de democracia pela busca da identidade ou igualdade substancial, não pelo instrumento jurídico corporificado pela maioria. A noção de soberania popular, em contraposição à supremacia judicial, é exteriorizada pela concentração de poder no Parlamento

por meio da legitimidade, sendo a legalidade/normatividade secundária, levando em conta que o soberano estabeleceria as condições pelas quais o direito é posto. Todavia, não é difícil observar que tal identidade popular só poderia ser perseguida, na prática, por um Estado forte, ainda que pensado em função do político, guiado pelo chefe do Executivo, inicialmente eleito por toda a nação.

Jürgen Habermas (2007) é especialmente duro em relação à explicação schmittiana de parlamentarismo, que acaba por limitar o procedimento de discussão pública ao papel da legislação parlamentarista, porquanto democrática é a condição de iguais oportunidades de participação para todos em um processo de legitimação canalizado por meio da opinião pública, não a aclamação de massas inflamadas alheias a toda a argumentação.

A história nos mostrou com que facilidade foram as ideias schmittianas utilizadas para finalidades não democráticas, frustrando aqueles bem-intencionados que acreditavam em sua pureza, ao ponto de amparar regimes como o nazista, diante do reconhecimento de que o Führer representava a vontade política do povo alemão, sendo, por natureza, o guardião da unidade constitucional.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, acreditou-se que o trauma das atrocidades do período nazista auxiliariam os intérpretes constitucionais a não isolar os direitos fundamentais como meras indicações de propósito. Com efeito, a partir de 1945, como acredita Shoshana Felman (2014), na esteira de Nuremberg, passou a ser judicialmente necessário julgar a história, o julgamento passou a ter a função não apenas de reparar as injustiças privadas, como também as justiças históricas coletivas.

Nem sempre foi o que aconteceu. Ideias de intelectuais conservadores como Francisco Campos, influenciado pela linha schmittiana, inspiraram ontem políticos e juristas na construção da Constituição de 1937 e dos atos de 1964, e continuam a sustentar discursos, com nova roupagem, tanto de expoentes da direita quanto da esquerda.

A Constituição de 1988 tentou corrigir essa lacuna através da positivação da resposta à pergunta sobre quem seria o guardião da Constituição com a previsão contida na norma do artigo 102.

4 Ativismo *versus* responsividade

Oscar Vilhena Vieira é muito preciso ao esclarecer que o juiz, máxime como intérprete dos direitos fundamentais corporificados na Constituição, como a dignidade da pessoa, está balizado por dois critérios: a deferência às leis e decisões executivas de política pública e a responsividade, que é o vínculo do Judiciário às promessas constitucionais, entre as quais a máxima eficácia aos direitos fundamentais.

Referida postura deve ser compartilhada por todos os juízes que habitam países democráticos e têm como aspecto primordial o combate à omissão estatal na implementação ou à própria obstaculização dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Diferente do ativismo, que acontece quando o juiz se afasta da Constituição para impor as suas próprias ideias de mundo, ao Judiciário cabe zelar para que seja viabilizada toda aquela gama de direitos elencados pela Constituição de 1988, sempre que provocado.

Não se deve olvidar, é certo, das distorções do voluntarismo que poderiam distorcer o Judiciário em um “superego” da sociedade. Referida expressão é creditada a Ingeborg Maus em um forte ataque ao critério da supremacia judicial, no sentido de que a tendência de fortalecimento do direito através da jurisdição às custas da legislação — e dos processos correlatos como o sufrágio — ajuda a definir a democracia, pois as leis, como *outputs* de ciclos autopoéticos, perdem sua força vinculativa.

Não obstante, levando em conta a teoria dos sistemas sociais capitaneada por Niklas Luhmann, através da qual a Sociedade deve ser reconhecida como um sistema ambientalmente aberto, mas operacionalmente fechado, o sistema parcial do Direito é percebido em seu fe-

chamento autopoético, o que lhe dá autonomia operacional relativa. Com efeito, em tal situação só poderiam participar da reprodução do sistema aqueles elementos que são produzidos pelo próprio sistema (clausura operacional). Em decorrência, o sistema jurídico deveria definir o que pode ser considerado *output*, dentro do modelo binário *input/output* (estímulo/resposta), como prestação jurisdicional, para, só então, ser transferido a outros sistemas no meio social. De todo modo, o Direito deveria ser reconhecido como um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto. Assim, o Direito seria um sistema fechado em relação à função de decidir a respeito da licitude ou ilicitude (*Recht/Unrecht*) do caso em discussão, mas que permitiria uma abertura cognitiva para as ocorrências aleatórias do ambiente geral. Portanto, as proposições que orientam as decisões mudariam em decorrência da pressão da adaptação situacional, não se concretizando o Judiciário como o “pai de uma sociedade órfã”, mas como mais um elemento do próprio diálogo da sociedade.

Nessa linha, vem o próprio Supremo Tribunal Federal adotando uma posição protagonista, sem que tal descambasse para o ativismo judicial, tendo em vista a sua função de guardião da Constituição.

O Ministro Celso de Mello, ao relatar o ARE 639337 AgR, discorreu sobre a impossibilidade de o Poder Público invocar a cláusula da reserva do possível como forma de obstacularizar a implementação de políticas públicas e, em última instância, inviabilizar a concretização efetiva das normas programáticas positivas na Constituição, com destaque para o mínimo existencial como postulado essencial da pessoa humana.

Na mesma ocasião, acompanhado pelos seus pares, o Ministro Celso de Mello ressaltou o dever do Estado de não reduzir ou suprimir os direitos fundamentais individuais ou coletivos concretizados como prestações positivas, tendo em vista a vedação ao retrocesso.

O efeito de catraca condiciona o Estado a não só tornar os direitos prestacionais efetivos, entre os quais aqueles que versam sobre

a segurança alimentar e o direito à moradia, como também obriga o Poder Público a preservar as conquistas civilizatórias já alcançadas.

Na mesma toada, o Ministro Marco Aurélio, no âmbito do ADPF - RG 347, assinalou que ao Supremo Tribunal caberia retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas para se evitar a violação de direitos fundamentais que alcançariam a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial. Sendo ainda mais incisivo o Ministro Celso de Mello, relator do ADPF 45, ao definir *“a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”*.

O clássico voto do Ministro Ricardo Lewandowski, nos autos do RE nº 592581, foi também emblemático, ao reconhecer o poder geral de cautela dos juízes mediante o qual lhes seria permitido conceder medidas atípicas para evitar a violação dos direitos fundamentais. Argumento que se completa com o reconhecimento pelo Tribunal Pleno como resultado da análise do ACO 1472 AgR, igualmente capitaneado pelo Ministro Lewandowski, na direção de ser o Judiciário credenciado para cobrar dos demais Poderes a observância de suas obrigações sociais, sobretudo em benefício das pessoas vulneráveis que necessitam do amparo do Estado, como os portadores de transtornos mentais.

5 Conclusão

A Constituição de 1988, ao inovar através da existência de um título para os chamados direitos e garantias fundamentais, abrangendo os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, também trouxe a especial valorização do conteúdo prescritivo desses mesmos direitos.

O Estado passou normativamente a ser justificado pelos direitos fundamentais, com destaque para a dignidade da pessoa humana, sendo estruturado em deveres de proteção aos diversos bens fundamentais,

com o escopo de proteger a todos, em especial os vulneráveis, dos atos que os exponham a graves ameaças, bem como desestimular a omissão estatal no seu compromisso de proteção dos bens fundamentais.

Como corolário da inspiração humanista da Constituição de 1988, foi ao Judiciário confiada a responsabilidade de guardar a Lei Fundamental, com ampliação de sua competência no que respeita ao controle de constitucionalidade das leis e dos próprios atos do Poder Público, para cumprir o propósito fundador de alcançar a eficácia concreta dos direitos fundamentais.

Referências

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 set. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FELMAN, Shoshana. *O inconsciente jurídico: julgamentos e traumas do século XX*. São Paulo: Edipro, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18825-um-quarto-da-populacao-vive-com-menos-de-r-387-por-mes>. Acesso em: 23 set. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29303. Acesso em: 23 set. 2018.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Rubi (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Guilherme Pena. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SCHMITT, Carl. *La Tirania de los valores*. Buenos Aires: Hydra, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2017/03/1867655-ativismo-judicial.shtml>. Acesso em: 23 set. 2018.

Referências das epígrafes

1. GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 595-602, jul.-dez., 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a12v4n2.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.
2. BRASIL. Congresso Nacional. Ata da 341^a Sessão, em 05 de outubro de 1988. *Diário [da] Assembléia Nacional Constituinte [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. p. 14.379. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.
3. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Constituição 30 anos*: presidente do STF à época da promulgação, ministro Rafael Mayer dizia que a Carta foi “grande avanço”. 18 out. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393129>>. Acesso em: 14 jan. 2019.
4. LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. v. 2. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/544624/001001238_v1.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 jan. 2019.

5. GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 595-602, jul.-dez., 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a12v4n2.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

6. BRASIL. Congresso Nacional. Ata da 1ª Sessão, Instalação da Assembléia Nacional Constituinte, em 1º de fevereiro de 1987. *Diário [da] Assembléia Nacional Constituinte [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. p. 5. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/001anc-02Fev1987.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

7. BRASIL. Congresso Nacional. Ata da 341ª Sessão, em 5 de outubro de 1988. *Diário [da] Assembléia Nacional Constituinte [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. p. 14.378. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

8. SILVA, Benedita da. Constituição 20 anos: estado, democracia e participação popular. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. *Constituição 20 anos: estado, democracia e participação popular: caderno de textos*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. p. 49-51. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2441/constituicao_20_anos_caderno.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 jan. 2019.

9. BRASIL. Congresso Nacional. Ata da 300ª Sessão, em 7 de julho de 1988. *Diário [da] Assembléia Nacional Constituinte [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. p. 11.911. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/275anc08jul1988.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

- 10.** BRASIL. Congresso Nacional. Ata da 183ª Sessão, em 13 de janeiro de 1988. *Diário [da] Assembléia Nacional Constituinte [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. p. 6.460. Disponível em: < <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/167anc14jan1988.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

- 11.** BRASIL. Congresso Nacional. Ata da 341ª Sessão, em 5 de outubro de 1988. *Diário [da] Assembléia Nacional Constituinte [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. p. 14.377. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

- 12.** UM PACOTE de ganhos. *Veja*, São Paulo, ano 20, n. 36, p. 37, set. 1988.

- 13.** ULYSSES destaca participação do povo na Carta promulgada. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 6 out. 1988. Capa.

- 14.** CHEGA de golpes. *Tribuna da Imprensa*, Rio de Janeiro, 6 out. 1988. Capa.

- 15.** CARTA entra em vigor hoje. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 5 out. 1988. Capa.

- 16.** O FINAL de meses de trabalho. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 5 out. 1988. Caderno “Constituição”.

- 17.** O FINAL de meses de trabalho. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 5 out. 1988. Caderno “Constituição”.

- 18.** AGORA é só praticar. *Diário do Pará*, Belém, 6 out. 1988. Capa.

- 19.** NASCE outra república. *Diário de Natal*, Natal, 6 out. 1988. Capa.

- 20.** ULYSSES faz sua festa da promulgação. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 6 out. 1988. Capa.
- 21.** BRASIL já vive sob nova Constituição. *O Globo*, Rio de Janeiro, 6 out. 1988. Caderno “O País”, p. 3.
- 22.** A CARTA dos poderes de um povo. *Veja*, São Paulo, ano 20, n. 36, p. 32, set. 1988.
- 23.** G1: *Jornal Nacional*. Desenvolvido por Globo Comunicação e Participações S.A., 2010. Apresenta acervo de vídeos de edições do *Jornal Nacional*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2010/10/arquivo-jn-promulgada-nova-constituicao-de-1988.html>>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- 24.** O BRASIL começa dia 5. *Jornal da Constituinte*, Brasília, 12 set. 1988. Capa.
- 25.** NOVA Constituição entra em vigor; termina transição para democracia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 5 out. 1988. Disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_05out1988.htm>. Acesso em: 15 jan. 2019.

A presente edição foi composta pelo TJMG e impressa pela Editora Gráfica O Lutador, em sistema offset, papel Polen Soft 80g (miolo) e Supremo 250g (capa), em fevereiro de 2019. Tipologias utilizadas: Chronicle text G2 - 11/12 (corpo do texto) e Delicious 20 (títulos).

ejef |  TJMG

