



REVISTA DA
Escola Superior da Procuradoria-Geral
do Estado de São Paulo

Journal of the State of São Paulo Legal Office's School

Volume 12

Jan. / Dez. 2021

ISSN 2966-1897



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOÃO DORIA
GOVERNADOR DO ESTADO


PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

MARIA LIA P. PORTO CORONA
Procuradora-Geral do Estado

BRUNO MACIEL DOS SANTOS
Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos



**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**



**REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
DE SÃO PAULO**

*JOURNAL OF THE STATE OF SÃO PAULO
LEGAL OFFICE'S SCHOOL*

v. 12 • janeiro / dezembro 2021
ISSN 2966-1897



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

©2021

A Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP) é uma publicação anual da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. É permitida a reprodução de trechos dos artigos, desde que mencionada a fonte original de publicação.

Tiragem: Revista eletrônica

Editor Científico / Scientific Editor

André Luiz dos Santos Nakamura

Conselho Editorial / Editorial Board

Alvaro Bereijo, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Espanha

Carlos Ari Vieira Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil

Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Elival da Silva Ramos, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Fernando Facury Scaff, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Gustavo Binenbojm, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Humberto Theodoro Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil

Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Reinaldo de Lima Lopes, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Juan Zornoza Péres, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha

Juvêncio Borges da Silva, Associação de Ensino de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto/SP, Brasil

Luiz Alberto David Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Margerete Gresse, University of Washington, Seattle, EUA

Maria Garcia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Corpo Editorial / Publishers

Alexandre Coutinho da Silveira, Faculdade FACI, Belém/PA, Brasil

André Luiz dos Santos Nakamura, Universidade Paulista (Unip), São Paulo/SP, Brasil

André Petzhold Dias, Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Boca do Acre/AM, Brasil

Anselmo Prieto Alvares, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Arlindo Philippi Junior, Universidade de São Paulo/SP, Brasil

Carlos Marden Cabral Coutinho, Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza/CE, Brasil

Eduardo Carlos Bianca Bittar, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Érika Bechara, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Fabio André Uema, Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB), São Paulo/SP

Fernando Dias Menezes de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Fernando Gomes Favacho, Faculdade FACI, Belém/PA, Brasil

Guilherme Assis de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, Brasil

José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

José Mauricio Conti, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luciana de Toledo Temer Castelo Branco, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luis Claudio Ferreira Catanhêde, Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luiz Henrique Volpe Camargo, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), Campo Grande/MS, Brasil

Márcio Pugliesi, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Marco Antonio dos Santos Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Marcos Antônio Rios da Nóbrega, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife/PE, Brasil

Maria Paula Dallari Bucci, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Mônica Cristina Queiroz, Centro Universitário Unihorizontes, Belo Horizonte/MG, Brasil

Olavo de Oliveira Neto, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande/MS, Brasil

Onofre Alves Batista Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte/MG, Brasil

Patrícia Ulson Pizarro Werner, Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pietro de Jesús Lora Alarcón, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Roberto Wagner Marquesi, Universidade Estadual de Londrina, Londrina/PR, Brasil

Rodrigo Borges Valadão, Escola Superior de Advocacia Pública do Estado (ESAP-PGE/RJ), Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Vidal Serrano Nunes Júnior, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Welder Queiroz dos Santos, Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Cuiabá/MT, Brasil

A *RESPGE-SP* conta com um grupo permanente de pareceristas, formado pelos integrantes do Conselho e do Corpo Editoriais da publicação, bem como por professores e pesquisadores da ESPGE. Além disso, a *RESPGE-SP* pode convidar especialistas *ad hoc* para análise dos manuscritos.

Secretaria-executiva

Eliane Luz de França

Fernando Augusto dos Santos

Paulo Severo dos Santos

Rafael de Lima Nobre

Thiago Blumer Marangone

E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Serviço de Divulgação

Andreluci de Oliveira B. Figueiredo

Juliana Aguilera do Nascimento Silva Guedes

Revisão de Texto

Piero Younan Kanaan | Tikinet

Projeto Gráfico

Tikinet

Editoração

Piero Younan Kanaan | Tikinet

Diagramação

Jonathan Leandro | Tikinet

Correspondência

Pedidos de permuta devem ser endereçados à ESPGE.

Exchange orders should be addressed to ESPGE.

Normas editoriais disponíveis em:

www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/AcessoHome/estatuto_respge.html

Endereço / Address

Rua Pamplona, 227 – 2ª andar

Bela Vista – São Paulo/SP – Brasil

CEP 01405-100

Tel.: +55 11 3286-7020/7005

E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Endereço eletrônico: www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/homeESPGE.aspx

Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo – Journal of the State of São Paulo Legal Office's School / Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. – V. 12 (2021) – São Paulo : Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Escola Superior, 2021. Anual.

Textos multilíngues.

Resumos em português e inglês.

ISSN 2966-1897

2010 (V. 1) (1), 2011 (V. 2) (1), 2012 (V. 3) (1), 2013 (V. 4) (1), 2014 (V. 5) (1), 2015 (V. 6) (1), 2016 (V. 7) (1), 2017 (V. 8) (1), 2018 (V.9) (1), 2019 (V.10) (1), 2020 (V.11)

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado). Procuradoria-Geral. Escola Superior. II. Journal of the State of São Paulo Legal Office's School.

CDD 340.05
CDU 34(051)

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EQUIPE 2021

Diretoria

Bruno Maciel dos Santos, procurador do Estado chefe do Centro de Estudos e diretor da ESPGE

Coordenadora-geral da ESPGE

Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, procuradora do Estado assistente

Conselho Curador 2021

André Luiz dos Santos Nakamura; Bruno Maciel dos Santos (Chefe do Centro de Estudos e Diretor da ESPGE, membro nato); Bruno Lopes Megna; Consuelo Yatsuda Moromisato Yoshida; Fábio André Uema Oliveira; Luis Claudio Ferreira Cantanhêde; Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira (Coordenadora-geral da ESPGE, membro nato); Mônica de Almeida Magalhães Serrano; Patrícia Ulson Pizarro Werner.

EQUIPE DE COORDENADORES E MONITORES

Direito & Economia

Coordenadores de Direito & Economia

Fábio André Uema Oliveira; Haroldo Pereira Roberto; Augusto Castellano Pfeiffer

Professores-assistentes de Direito & Economia

Caio Augusto Nunes de Carvalho; Carlos Eduardo Teixeira Braga; Emanuel Fonseca Lima; Thamy Kawai Marcos

Direito do Estado

Coordenadores de Direito do Estado

André Luiz dos Santos Nakamura; Christiane Mina Falserella; Julia Maria Plenamente Silva

Professores-assistentes de Direito do Estado

Beatriz Meneghel Chagas Camargo; Bruno Betti Costa; Carlos José Teixeira de Toledo; Eduardo Walmsley Soares Carneiro; Fabrício Contato Lopes Resende; Julio Rogério Almeida de Souza; Luiz Fernando Roberto; Mateus Camilo Ribeiro da Silveira; Patrícia Ulson Pizarro Werner; René Zamlutti Junior

Direito Processual Civil

Coordenadores de Direito Processual Civil

Anselmo Prieto Alvarez; Bruno Lopes Megna; Patrícia Ulson Pizarro Werner

Aspectos Econômico-Financeiros dos Contratos Administrativos: Modelagem e Equilíbrio Econômico-Financeiro
Coordenador de Aspectos Econômico-Financeiros dos Contratos Administrativos: Modelagem e Equilíbrio Econômico-Financeiro

Thiago Mesquita Nunes

Funcionários da ESPGE

Eliane Luz de França, Fernando Augusto dos Santos, Paulo Severo dos Santos, Rafael de Lima Nobre, Thiago Blumer Marangone

SUMÁRIO

Editorial

Fábio André Uema Oliveira

Direito Processual Civil

Os efeitos da coisa julgada sobre normas instrumentais que violam decisão do STF em controle de constitucionalidade.....17
Fernanda Luzia Freire Serur

A mediação na execução: possibilidade e aplicação.....43
Gustavo Lucas Fioravanti Pereira

Interpretação Democrática e Extensiva do Conceito de Entidade de Classe Como Legitimado Ativo para Propor ADI.....71
Tatiana Sarmento Leite Melamed

Federalismo e o artigo 52, parágrafo único, do Código de Processo Civil: uma análise constitucional da possibilidade de sujeição dos Estados e do Distrito Federal à Justiça uns dos outros97
Talita Leixas Rangel

Processo estrutural como método adequado para o controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites111
Renato Manente Corrêa

A dificuldade das partes processuais em participar do procedimento de superação de precedentes e possíveis soluções.....139
Joaquim Pedro Menezes de Jesus Lisboa

Direito Administrativo

Requisições administrativas: atualizações à luz do estado democrático de direito.....155
Alexandre Santos de Aragão

A Governança Privada da Informação: Accountability e Confiança.....179
Humberto Eustáquio César Mota Filho

A defesa das instituições democráticas197
Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Direito Constitucional

Direito Constitucional Comparado: ferramentas de trabalho e crítica da pesquisa constitucional pseudocomparada.....211

Dimitri Dimoulis

O princípio democrático, contemplado na Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988235

Alexandre Lucas Veltroni

Direito Financeiro

(Des)vinculação de receitas orçamentárias: análise jurídica da aplicação prática na gestão de finanças públicas.....249

Eduardo Philipe Magalhães da Silva e Flávia Ferreira da Luz

Direitos Humanos

A palavra da vítima nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher...269

Alice Bianchini

Crisis carcelaria en época de pandemia.....291

Sergio Andrés López Zamora e Stephanie Carolyn Perez

EDITORIAL

Sabemos o quanto é satisfatório encerrarmos um ciclo e iniciarmos mais um com grande aprendizado. E é isso, com certeza, que nós, operadores do Direito, fazemos – afinal, nessa área repleta de motivações diárias pelo saber, somos sempre impulsionados ao traquejo para lidarmos com sabedoria no nosso cotidiano.

Este exemplar da Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo está municiado de temas diversificados e relevantes para quem busca aprimorar os conhecimentos. Enfim, a ciência do Direito contribui para fortalecer os valores morais da sociedade, além de ter influência educativa, moldando as opiniões e as condutas.

Contamos com trabalhos acadêmicos dos pós-graduandos da ESPGE, bem como com artigos escritos por pesquisadores doutores, mestres e professores convidados, sempre com seriedade e esmero para tratar de diversos temas jurídicos, que nesta edição abrangem as seguintes áreas: Direito Processual Civil, Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Financeiro e Direitos Humanos.

Dentre alguns pontos abordados temos a “(DES) vinculação de receitas orçamentárias, que nos traz uma análise jurídica da aplicação prática na gestão de finanças públicas” com uma perspectiva interessante demonstrando que, “apesar do receio generalizado de corrupção que assola o governo, é necessário abrir os olhos para questões que possam mudar a trajetória de determinadas políticas, afinal, de pouco adianta a Administração ter que parar com a prestação de serviços essenciais à sociedade enquanto mantém fundos milionários, cuja destinação é voltada para caprichos funcionais, como ocorre com os fundos dos Tribunais de Justiça. Ressalta-se ainda a funcionalidade dos mecanismos de transparência, que são fundamentais para apontar práticas desvirtuantes para os casos em que a desvinculação fuja do seu propósito”. Este pequeno trecho que nos aguarda neste exemplar, foi oferecido pelo procurador do Estado do Maranhão, Eduardo Philipe Magalhães da Silva e pela advogada Flávia Ferreira da Luz.

Outro tema, “A Governança Privada da informação: *Accountability e Confiança*”, salienta que “em termos mais gerais, no âmbito da lógica da LGPD e de seus limites rígidos no tratamento de dados pessoais, as medidas de segurança serão mais efetivas quando observadas desde a concepção do produto ou do serviço próprio de cada atividade empresarial (...) isso permite a adoção de controles mais efetivos, favorece o mapeamento e a auditoria dos riscos e estimula uma mudança organizacional nas empresas com maior respeito à privacidade das pessoas naturais”, texto elaborado por Humberto Eustáquio César Mota Filho.

Em matéria de Direito Administrativo, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho nos presenteia com um texto sobre o tema “A Defesa das Instituições

Democráticas”. Ainda, o artigo sobre “Requisições administrativas: atualizações à luz do estado democrático de direito”, elaborado pelo Procurador do Estado Alexandre Santos de Aragão, ressalta que “A Requisição Administrativa é um dos mais fortes e típicos poderes de império e de verticalidade do Estado sobre os particulares”.

Em Direitos Humanos, temos o artigo que trata sobre “A palavra da vítima nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher”, muito bem escrito pela Doutora em Direito Penal Alice Bianchini. Os Advogados Sergio Andrés López Zamora e Stephanie Carolyn Perez, ainda nos brindam com seu artigo sobre “Crises carcerárias em época de pandemia”.

Na área do Direito Constitucional, o Advogado Alexandre Lucas Veltroni, apresenta “O princípio democrático, contemplado na constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988”. Em “Ferramentas de trabalho e crítica da pesquisa constitucional pseudocomparada”, o estudo problematiza a definição e os objetivos do direito comparado, examina sua utilização na argumentação jurídica e considera que o caminho mais indicado seria analisar as estruturas e as normas para a identificação das influências que certo ordenamento jurídico recebeu dos demais, visando encontrar os transplantes jurídicos e sua forma de adaptação ao ordenamento receptor, conforme lições extraídas do artigo escrito pelo Professor de Direito Constitucional Dimitri Dimoulis.

Sobre Direito Processual Civil, temos o artigo escrito pelo Procurador Joaquim Pedro Menezes de Jesus Lisboa descrevendo “A Dificuldade das partes processuais em participar do procedimento de superação de precedentes e possíveis soluções”. Também, temos “Federalismo e o artigo 52, parágrafo único, do Código de Processo Civil: uma análise constitucional da possibilidade de sujeição dos estados e do distrito federal à justiça uns dos outros” artigo escrito pela Procuradora Talita Leixas Rangel, no qual a autora salienta que “Este trabalho tem o objetivo de analisar a compatibilidade do artigo 52, parágrafo único, do Código de Processo Civil com a Constituição Federal, sob a perspectiva da autonomia de que gozam os entes regionais e dos princípios da igualdade e do devido processo legal. Por fim, conclui-se que a inovação pretendida pelo legislador processual civil se revela incompatível com o ordenamento constitucional vigente”.

Já a Procuradora do Estado Tatiana Sarmiento Leite Melamed trata em seu artigo do tema a “Interpretação democrática e extensiva do conceito de entidade de classe como legitimado ativo para propor ação direta de inconstitucionalidade”. Por sua vez, o Executivo Público Gustavo Lucas Fioravanti Pereira disserta sobre “A mediação na execução: possibilidade e aplicação”, por meio do qual ressalta a importância da mediação para resolução de conflitos. No que lhe concerne, Procuradora do Estado Fernanda Luzia Freire Serur apresenta seu artigo sobre “Os efeitos da coisa julgada sobre normas instrumentais que violam decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade”. E, para finalizar a apresentação da matéria de Direito Processual Civil, a Revista também nos brinda

com o artigo sobre “Processo estrutural como método adequado para o controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites”, escrito pelo Procurador do Estado Renato Manente Corrêa, que aborda no contexto da doutrina dos processos estruturais “as possibilidades de tratamento processual dos litígios estruturais de que seja parte o Poder Público, especialmente os que digam respeito a políticas públicas, bem como discutir os limites e as cautelas que devem ser observados para que esta específica forma de tutela – pelo Poder Judiciário – seja legítima e não esvazie a dimensão democrática, social e política que subjaz à criação e à implementação de políticas públicas. Para tanto, serão apresentados, inicialmente, os aspectos essenciais do processo estrutural e das chamadas decisões estruturantes, para em seguida avaliarem-se as possibilidades de tratamento processual a estes litígios”.

Ficáramos aqui descrevendo a qualidade dos artigos científicos infinitamente, porém vamos deixar que tirem suas próprias conclusões, pois o Direito é um campo de conhecimento que possui dimensões fáticas, normativas e colaborativas, ou seja, uma disputa saudável pela hegemonia das ideias. Por isso, os periódicos acadêmicos são espaços privilegiados na contribuição de análises aprofundadas das práticas e bases para uma atuação mais comprometida dos operadores do Direito.

Alfim, sempre rendemos nossas sinceras homenagens a todos aqueles que contribuem para a concretização da nossa RESPGE, alunos, professores, funcionários e Procuradores que se dedicam à nobre missão da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Fábio André Uema Oliveira

Procurador do Estado de São Paulo

Coordenador-Geral da ESPGE (2015-2017 e 2022/2023)

Membro do Conselho Curador (2019/2022)

Aluno, desde 2010.

OS EFEITOS DA COISA JULGADA SOBRE NORMAS INSTRUMENTAIS QUE VIOLAM DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

The effects of the res judicata on instrumental rules that violate decision of the Federal Supreme Court on constitutionality control

Fernanda Luzia Freire Serur¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Da natureza jurídica das normas de juros e correção monetária; 3. Da coisa julgada sobre normas instrumentais; 4. Dos efeitos das decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade sobre a coisa julgada; 4.1. Breves considerações sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade; 4.2. Brevíssimo resumo sobre a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF acerca do artigo 5º, da Lei nº 11.960/2009; 4.3. Da coisa julgada que aplica dispositivo legal posteriormente declarado inconstitucional pelo STF; 5. Das dívidas não contratuais da Fazenda Pública: fixação dos juros de mora e correção monetária quando da fase de execução; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Às normas instrumentais se aplicam a coisa julgada e o princípio do *tempus regit actum*. A coisa julgada que aplica dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal pode ser desconstituída por ação rescisória ou impugnação à execução. Apesar do sincretismo processual, nas condenações da Fazenda Pública sempre haverá a fase de execução, em razão do regime constitucional de pagamento de suas dívidas – precatórios e requisição de pequeno valor. Nesse sentido, a melhor arena para fixação das regras dos juros e correção monetária é na fase de execução, pois as normas processuais têm aplicação imediata e, ao tempo da execução, pode haver regramento ou interpretação dos tribunais diferente do tempo em que houve a formação do título executivo judicial.

Palavras-chave: Juros e Correção Monetária. Normas Instrumentais. Coisa Julgada que Aplica Dispositivo Legal Declarado Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Revisão. Fase de Execução.

ABSTRACT

Instrumental norms apply the *res judicata* and the principle of *tempus regit actum*. The *res judicata* applying a legal provision declared unconstitutional by the Federal Supreme Court may be revoked by a rescission action or challenge to the execution. Despite its procedural syncretism, sentences from the Public Treasury will always contain an execution phase due to the constitutional regime for debt payment – precatories and small amount requisitions. Thus, the best arena for setting the rules on interest and monetary correction is in the execution phase as procedural rules have immediate application and may include, at the time of execution, rules or interpretations by courts which differ from the moment of the judicial enforcement title.

Keywords: Interest and Monetary Correction. Instrumental Rules. Res Judicata that Applies a Legal Provision Declared Unconstitutional by the STF. Revision. Execution Phase.

¹ Procuradora do Estado. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap).

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar o efeito da coisa julgada em relação às normas instrumentais, bem como os efeitos de eventual coisa julgada dessas normas que violem decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle de constitucionalidade.

Importante destacar que serão analisadas decisões tomadas considerando um caso prático que teve (tem) muita repercussão para a Fazenda Pública: o artigo 5º, da Lei nº 11.960/2009, que alterou os critérios de correção monetária e juros dos entes públicos. Em um primeiro momento foi questionada a aplicação imediata ou não da referida lei e, posteriormente, sua constitucionalidade. Assim, serão discutidas as decisões tomadas em sede de recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ (Resp. nº 1.205.946/SP e Tema 905), em sede de ação direta de inconstitucionalidade – (ADI) pelo STF (ADIs nº 4.357 e 4.425), bem como em sede de repercussão geral pelo STF (Tema 810, RE nº 870.947/SE).

Com a análise das decisões supracitadas, pretende-se chegar a uma conclusão sobre os efeitos práticos da coisa julgada sobre normas instrumentais que violem as decisões proferidas pelo STF, seja em sede de ação direta de inconstitucionalidade, seja em sede de repercussão geral.

Após essa primeira conclusão, será analisado se, nos casos em que não se pode dispor das regras de juros e correção monetária, caso da Fazenda Pública em suas obrigações não contratuais, faz sentido serem fixados esses aspectos acessórios da dívida na fase de conhecimento ou somente quando da execução.

2. DA NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

O imbróglio da aplicação da Lei nº 11.960/2009 se iniciou com o seguinte questionamento: suas normas teriam aplicação imediata para as ações em curso? Sua natureza é instrumental ou material?

Eis a redação do art. 5º, da Lei nº 11.960/2009:

Art. 5º O art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.²

² BRASIL. Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009. Altera e acresce dispositivos às Leis nºs 9.639, de 25 de maio de 1998, e 11.196, de 21 de novembro de 2005, para dispor sobre parcelamento de débitos

Não há dúvidas de que o artigo supracitado trata de normas que alteram os critérios de juros e correção monetária das condenações da Fazenda Pública. A primeira resposta a se buscar é se sua natureza é instrumental e, portanto, de aplicação imediata a todos os processos em curso, ou material.

Em relação à correção monetária, a doutrina majoritária entende que não se trata de um acréscimo patrimonial propriamente dito, mas apenas de um instrumento para neutralizar os efeitos da inflação, preservando o poder aquisitivo da moeda. Sílvio Venosa trata do fenômeno da correção monetária:

A correção monetária é capítulo à parte na economia brasileira e continua a desafiar juristas e economistas. [...]

O que vimos, antes do advento da Lei nº 6.899/81, que abrangiu com a correção monetária os débitos ajuizados, foi uma escandalosa transformação do Poder Judiciário em instrumento de moratória de oportunistas e maus pagadores. Na verdade, ou se corrigem todas as dívidas, ou não se corrige dívida alguma. Para o jurista a situação nunca pôde fugir daí. Não cabe ao jurista e muito menos ao julgador corrigir os erros e desmandos do Estado à custa, geralmente, do hipossuficiente. [...] Se hoje a situação é diversa e os vários índices de correção aviltam a economia, não cabe ao jurista resolver, mas apenas estudar o fenômeno.³

Destaco o seguinte trecho do voto do ministro Carlos Ayres Britto, quando do julgamento da ADI nº 4.357/DF, porque didático em relação à correção monetária:

Instituto que tem o pagamento em dinheiro como fato-condição de sua incidência e, como objeto, a agravação quantitativa desse mesmo pagamento. Agravação, porém, que *não corresponde a uma sobrepaga*, no sentido de constituir obrigação nova que se adiciona à primeira, com o fito de favorecer uma das partes da relação jurídica e desfavorecer a outra. Não é isso.

de responsabilidade dos Municípios, decorrentes de contribuições sociais de que tratam as alíneas a e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; bem como acresce dispositivo à Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para simplificar o tratamento dado às cobranças judiciais da dívida ativa quando, da decisão que ordene o seu arquivamento, tiver decorrido o prazo prescricional; dá nova redação ao art. 47 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para dispensar a apresentação da Certidão Negativa de Débito em caso de calamidade pública ou para recebimento de recursos para projetos sociais, ao art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, para uniformizar a atualização monetária e dos juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, ao art. 19 da Lei nº 11.314, de 3 de julho de 2006, para estender o prazo durante o qual o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes poderá utilizar recursos federais para executar obras de conservação, recuperação, restauração, construção e sinalização de rodovias transferidas para outros membros da Federação, e ao inciso II do art. 8º da Lei nº 11.775, de 17 de setembro de 2008, para prorrogar a data-limite para adesão pelos mutuários de créditos rurais inscritos em Dívida Ativa da União ao parcelamento dos seus débitos; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 146, n. 122, p. 4, 30 jun. 2009.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 164.

Ao menos no plano dos fins a que visa a Constituição, na matéria, *ninguém enriquece e ninguém empobrece por efeito de correção monetária, porque a dívida que tem o seu valor nominal atualizado ainda é a mesma dívida*. Sendo assim, impõe-se a compreensão de que, com a correção monetária, a Constituição manda que as coisas mudem..., para que nada mude; quero dizer: o objetivo constitucional é mudar o valor nominal de uma dada obrigação de pagamento em dinheiro, para que essa mesma obrigação de pagamento em dinheiro não mude quanto ao seu valor real. É ainda inferir: *a correção monetária é instrumento de preservação do valor real de um determinado bem, constitucionalmente protegido e redutível a pecúnia. Valor real a preservar que é sinônimo de poder de compra ou “poder aquisitivo”, tal como se vê na redação do inciso IV do art. 7º da C.F, atinente ao instituto do salário mínimo. E se se coloca assim na aplainada tela da Constituição a imagem de um poder aquisitivo a resguardar, é porque a expressão financeira do bem juridicamente protegido passa a experimentar, com o tempo, uma deterioração ou perda de substância, por efeito, obviamente, do fato econômico genérico a que se dá o nome de “inflação”*. Daí porque deixar de assegurar a continuidade desse valor real é, no fim das contas, desequilibrar a equação econômico-financeira entre devedor e credor de uma dada obrigação de pagamento, em desfavor do último.⁴

É justamente por estar intrínseca à própria dívida, não gerando acréscimo patrimonial ao credor, que a correção monetária teria natureza instrumental e, portanto, aplicação imediata.

Os juros moratórios, por outro lado, apesar de também terem natureza acessória, porque sempre decorrem de um crédito principal, podem ser exigidos independentemente dele, e têm como finalidade remunerar e cobrir os riscos do credor. Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Na ideia do juro integram-se dois elementos: um que implica a remuneração pelo uso da coisa ou quantia pelo devedor, e outro que é a de cobertura do risco que sofre o credor. O juro é o preço devido pelo uso do capital, o fruto por ele produzido, enfim, é a expressão econômica da cessão do dinheiro, em regra.

[...]

Como acessória, a prestação de juros não pode existir senão adjeta a uma principal. Pode acontecer, contudo, que a obrigação relativa aos juros se destaque da principal, a ponto de se poder exigir independentemente dela. Em tal hipótese, aparenta o juro o caráter de obrigação principal, e há

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357 Distrito Federal**. Relator: Min. Ayres Britto, 14 de março de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>. Acesso em: 18 maio 2023. Grifo nosso.

mesmo quem o considere assim (Ruggiero). Mas a sua natureza acessória persiste, mesmo se houver exigibilidade autônoma. O juro, uma vez vencido, pode constituir um débito exigível à parte do principal. Pela natureza é sempre acessório. Eventualmente pode desprender-se do principal, mas juridicamente não teria explicação sem ele.⁵

Há quem defenda, portanto, que os juros moratórios, diferentemente da correção monetária, teriam natureza material. Destaco o seguinte trecho do voto do ministro Marco Aurélio quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 135.193:

Inicialmente, assento que os juros de mora são disciplinados no direito material. É no âmbito deste e, mais precisamente, na parte ligada a obrigações que são encontradas as balizas que os norteiam. Assim o é porquanto os juros moratórios mostram-se como compensação ou indenização devida ao credor pelo fato de ficar privado, temporariamente, de quantia a que tem direito.⁶

Houve ampla discussão jurisprudencial acerca da natureza jurídica do art. 5º, da Lei nº 11.960/2009. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu, por muito tempo, que se tratava de norma material, razão pela qual fixou jurisprudência afastando a incidência da nova redação do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/1997 aos processos iniciados antes da sua edição.

Por todos, destaco o seguinte julgado:

JUROS DE MORA – EMBARGOS A EXECUÇÃO DE SENTENÇA – súmula n. 254 do STF – incidência a partir da citação percentual, no entanto, nos termos do art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, deve ser reduzido a 6% ao ano prevalência desta regra, em face do princípio da especialidade, sobre a geral, definida no novo Código Civil – *inaplicável à hipótese dos autos a Lei nº 11.960/09* – embargos rejeitados recurso improvido.

[...]

Essa norma, que disciplina a incidência dos juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública, não pode ser vista simplesmente como de natureza processual, com eficácia imediata, tratando-se, isso sim, de norma instrumental material, por criar deveres patrimoniais para as partes, razão pela qual não pode incidir nos processos em andamento, quer sejam de conhecimento, quer de execução. As normas processuais instrumentais materiais,

⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2, p. 118-120.

⁶ Destaco, entretanto, que no caso concreto analisado havia coisa julgada acerca dos juros moratórios e que, também em razão disso, a norma anterior foi respeitada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 135.193-4 Rio de Janeiro**. Relator: Min. Marco Aurélio, 10 de dezembro de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207827>. Acesso em: 18 maio 2023.

que criam deveres patrimoniais para as partes, devem ser aquelas vigentes ao tempo do início do processo, não podendo este ser alcançada por lei nova subsequente.⁷

O início da pacificação jurisprudencial veio em 2011, com o julgamento dos embargos de divergência nº 1.207.197/RS pela Corte Especial do STJ, em que restou decidido que as normas sobre juros moratórios possuem natureza instrumental. Transcrevo a ementa a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. ARTIGO 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97. MP 2.180-35/2001. LEI Nº 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO.

1. A maioria da Corte conheceu dos embargos, ao fundamento de que divergência situa-se na aplicação da lei nova que modifica a taxa de juros de mora, aos processos em curso. Vencido o Relator.

2. As normas que dispõem sobre os juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, aplicando-se aos processos em andamento, à luz do princípio *tempus regit actum*. Precedentes.

3. O art. 1º-F, da Lei 9.494/97, modificada pela Medida Provisória 2.180-35/2001 e, posteriormente pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/09, tem natureza instrumental, devendo ser aplicado aos processos em tramitação. Precedentes.

4. Embargos de divergência providos.⁸

Como a referida decisão não havia sido tomada em recurso repetitivo, o STJ pareceu colocar uma pá de cal no tema quando julgou o Resp. nº 1.205.946/SP, formando precedente obrigatório, que vincula o próprio STJ, seus órgãos e os juízos a ele subordinados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0134252-97.2008.8.26.0053**. Relator: Franklin Nogueira, 22 de março de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposgcr/show.do?processo.codigo=RI00008QY12KW>. Acesso em: 18 maio 2023. Grifo nosso.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197 – RS (2011/0028141-3)**. Relator: Min. Castro Meira, 18 de maio de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100281413&dt_publicacao=02/08/2011. Acesso em: 18 maio 2023.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei nº 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas “condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza”, quais sejam, “os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.
2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.
3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.
4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.
5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei nº 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do *tempus regit actum*.
6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.
7. Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei nº 11.960/09, aqui tratada.
8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei nº 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos.⁹

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.205.946 – SP (2010/0136655-6)**. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 19 de outubro de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001366556&dt_publicacao=02/02/2012. Acesso em: 18 maio 2023. Grifo nosso.

Portanto, conforme pode ser observado da ementa acima transcrita, ficou decidido em recurso repetitivo que Lei nº 11.960/2009 tem natureza instrumental e se submete ao princípio do *tempus regit actum*.

3. DA COISA JULGADA SOBRE NORMAS INSTRUMENTAIS

Conforme visto no capítulo anterior, ao menos em sede jurisprudencial foi superada a natureza jurídica das normas que tratam de juros e correção monetária. O próximo passo, então, é encarar a problemática dos casos em que há coisa julgada acerca de determinado índice de correção monetária ou taxa de juros fixados de forma diferente da nova previsão legal. Faz sentido, em uma fase de conhecimento, já deixar fixado certo índice de correção monetária ou taxa de juros?

Se a coisa julgada se formou antes da entrada em vigor da nova norma, parece não haver dúvidas quanto à regra de aplicação. Ora, havendo coisa julgada quando ainda não estava em vigor a nova norma, deve-se aplicar, quando da execução, o princípio do *tempus regit actum*. Em relação às parcelas devidas antes da entrada em vigor da nova norma, são aplicados os índices do título executivo e, em relação às parcelas posteriores, se aplica a lei nova. É consequência básica de se considerar uma norma processual.

É o que ficou decidido no Resp. nº 1.111.117/PR, da Corte Especial do STJ, assim ementado:

EXECUÇÃO DE SENTENÇA. TAXA DE JUROS. NOVO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. ART. 406 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. TAXA SELIC.

1. Não há violação à coisa julgada e à norma do art. 406 do novo Código Civil, quando o título judicial exequendo, exarado em momento anterior ao CC/2002, fixa os juros de mora em 0,5% ao mês e, na execução do julgado, determina-se a incidência de juros previstos nos termos da lei nova.

2. Atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (art. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, 4º, da Lei 9.250/95, 61, 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02)” (REsp 727.842, DJ de 20/11/08)” (REsp 1.102.552/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, pendente de publicação). Todavia, não houve recurso da parte interessada para prevalecer tal entendimento.

3. Recurso Especial não provido.¹⁰

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.111.117 – PR (2009/0015724-4)**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 2 de junho de 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900157244&dt_publicacao=02/09/2010. Acesso em: 18 maio 2023. Grifo nosso.

E se, diferentemente, houver a coisa julgada quando já em vigor a lei nova? Tomemos três exemplos diferentes:

Hipótese “A” – uma ação proposta em 2010, quando já em vigor a Lei nº 11.960/2009, que fixou o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) para a correção monetária *sem analisar a aplicação da taxa referencial (TR)* (índice fixado pela Lei nº 11.960/2009). Na execução pode a Fazenda Pública impugnar os cálculos do autor que aplica o INPC e defender a aplicação da TR? Ora, uma vez fixada jurisprudência de que as normas sobre juros e correção monetária se aplicam imediatamente, a discussão no processo de conhecimento acerca de determinado índice seria inócua, sem efeitos práticos, pois, no momento da execução, poderia estar em vigor outra norma. Dessa forma, a alegação da Fazenda Pública acerca das normas acessórias somente teria efeitos práticos na execução, sendo ali o momento certo para a discussão. Assim, em razão da instrumentalidade da norma, caberia a impugnação dos critérios de cálculo somente na execução.

Hipótese “B” – uma ação também proposta em 2010 com a fixação do INPC em sentença e recursos da Fazenda Pública: decisão com trânsito em julgado em sede de recurso especial afastando a Lei nº 11.960/2009 (decisão obviamente antes do Recurso Repetitivo do STJ). Poderia a Fazenda Pública suscitar a instrumentalidade da norma em sede de execução e pleitear sua aplicação em impugnação, pois a decisão anterior foi proferida de forma contrária a jurisprudência que se consolidou depois? Nesse caso, entendo que deveria ser privilegiado o princípio da segurança jurídica e da coisa julgada em contraposição ao princípio do *tempus regit actum*.

A diferença entre um caso e outro é a formação da coisa julgada em que se analisou (e expressamente se afastou) a aplicação de determinada norma. Na hipótese “A”, não houve coisa julgada quanto à não aplicação da Lei nº 11.960/2009. Houve apenas a determinação de aplicação de um índice específico. Mas, em se tratando de norma de juros e correção monetária, o ambiente mais propício para essa discussão é a execução, razão pela qual entendo que seria cabível o debate acerca da Lei nº 11.960/2009. Na hipótese “B”, por outro lado, apesar de a execução ser o momento ideal para o debate das normas acessórias, houve coisa julgada material afastando a incidência da lei, de forma que, sopesando princípios, o da coisa julgada, estabilidade das decisões e segurança jurídica devem prevalecer.

Hipótese “C” – ação proposta em 2010, fixação da aplicação da Lei nº 11.960/2009 com trânsito em julgado de Recurso Especial que tratou do tema. Houve o debate da questão em primeiro e segundo graus e, finalmente, análise pelo STJ. Coisa julgada formada determinando a aplicação da Lei nº 11.960/2009.

Ocorre que, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, nas ADIs nº 4357 e 4425 e no Tema 810, declarou a inconstitucionalidade da norma no que se refere aos índices de *atualização monetária* previstos no art. 5º da Lei nº 11.960/2009. Assim, quando a questão havia sido pacificada quanto à sua aplicação, houve uma reviravolta pela declaração de inconstitucionalidade parcial da norma. Surge então a seguinte questão: pode o credor executar o título judicial com o afastamento da norma declarada inconstitucional? É o que será respondido no próximo capítulo deste trabalho.

4. DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO STF EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE A COISA JULGADA

4.1. Breves considerações sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Quando o debate acerca da Lei nº 11.960/2009 parecia pacificado, com determinação em Recurso Repetitivo pelo STJ acerca da sua natureza instrumental e, portanto, aplicação imediata, o STF, em 2015, julgou precedentes as ADIs nº 4357 e 4425.

Importante analisar, em primeiro lugar, os efeitos das declarações de inconstitucionalidade das decisões do STF em sede de controle abstrato. Gilmar Mendes discorre:

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual “*the unconstitutional statute is not law at all*”, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade.

[...]

Sem dispor de um mecanismo que emprestasse força de lei ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, tal como o *stare decisis* americano, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional e a obrigação dos órgãos estaduais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. O Constituinte de 1934 introduziu a chamada suspensão de execução de lei mediante intervenção do Senado Federal (art. 91, IV) com o propósito inequívoco de emprestar força normativa às declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal.¹¹

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentário à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 606-608.

A prevalecer o entendimento dos constitucionalistas tradicionais de que a lei inconstitucional é nula, ela não poderia ter produzido efeitos, de forma que a coisa julgada determinando sua aplicação não deveria ser respeitada. Gilmar Mendes ensina que:

A generalização de efeitos pela via da intervenção do Senado Federal, consagrada pela Constituição de 1934 e reproduzida nos textos subsequentes, não contribuiu para a consolidação da doutrina da nulidade. Ao revés, a outorga desse poder a um órgão político mais negava do que afirmava a teoria da nulidade.¹²

Ocorre que a doutrina da nulidade da norma inconstitucional se mostrou insuficiente diante da complexidade envolvida nos casos, especialmente pela possibilidade de o Supremo restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Mais uma vez, socorre-se a Gilmar Mendes:

É certo, outrossim, que, muitas vezes, a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendando a adoção de alguma técnica alternativa, com base no próprio princípio constitucional da segurança jurídica.¹³

A mera declaração de nulidade é especialmente inidônea quando se analisa ou quando se declara a inconstitucionalidade por omissão, expressamente prevista da Constituição Federal (CF) de 1988. Desenvolveram-se, a partir daí, técnicas de declaração de inconstitucionalidade, como a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Nos casos de omissão inconstitucional, havendo regulação apenas parcial da matéria (um direito fundamental), a mera declaração de inconstitucionalidade agravaria o estado de inconstitucionalidade. É o exemplo da previsão do art. 7º, IV, da CF, que prevê um salário-mínimo ao trabalhador que atenda suas necessidades vitais básicas e de sua família, com moradia, alimentação, higiene, vestuário, transporte etc. Ora, eventual declaração de inconstitucionalidade da lei que fixa o valor do salário-mínimo, com sua suspensão de aplicação ou eventual cassação, agravaria o estado de inconstitucionalidade, pois não haveria mais lei aplicável à espécie.

A superação da ausência de produção de efeitos de uma norma declarada inconstitucional culminou com a previsão do art. 27, da Lei nº 9.868/1999, que dispõe:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentário à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 624.

¹³ *Ibidem*, p. 629.

tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.¹⁴

Especificamente sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na coisa julgada, importante destacar a diferenciação feita pelo STF, especialmente no RE nº 730.462, objeto de repercussão geral, Tema nº 733, entre a eficácia normativa e a eficácia executiva das decisões proferidas em controle concentrado. A eficácia normativa da decisão está relacionada com a manutenção ou com a exclusão da norma no ordenamento jurídico. Já a denominada eficácia executiva está relacionada com o efeito vinculante dessas decisões, que impõe uma força impositiva e obrigatória para *atos supervenientes* administrativos ou judiciais. Nesse sentido, apenas a eficácia normativa é *ex tunc*, caso não haja a modulação de efeitos, enquanto que a eficácia executiva da decisão tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial, conforme dispõe o art. 28, da Lei nº 9.868/1999.

4.2. Brevíssimo resumo sobre a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF acerca do artigo 5º, da Lei nº 11.960/2009

Na ADI nº 4357, o STF declarou a inconstitucionalidade material da Emenda Constitucional nº 62/2009 e, por arrastamento, o art. 5º, da Lei nº 11.960/2009, na parte da correção monetária, uma vez que os índices ali fixados não recompunham o valor da moeda, havendo uma violação ao direito de propriedade.

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, § 2º). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE “SUPERPREFERÊNCIA” A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV),

¹⁴ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 nov. 1999.

DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, *CAPUT*, C/C ART. 5º, *CAPUT*). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, *CAPUT*). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, *CAPUT*), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, *CAPUT*), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE.

1. A aprovação de emendas à Constituição não recebeu da Carta de 1988 tratamento específico quanto ao intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação (CF, art. 62, § 2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmbito do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira.

2. Os precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave devem submeter-se ao pagamento prioritário, até certo limite, posto metodologia que promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional nº 62/2009.

3. A expressão “na data de expedição do precatório”, contida no art. 100, § 2º, da CF, com redação dada pela EC nº 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5º, *caput*) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento.

4. A compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC nº 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, *caput*), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*).

5. *O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).*

6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (*ex vi* do art. 161, § 1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, § 12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, § 12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra.

8. O regime “especial” de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte. (ADI 4357, Relator(a): AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014).¹⁵

Em sede de embargos de declaração, o STF modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em questão de ordem, em 25 de março de 2015, nos seguintes termos:

*Conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1. Fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários.*¹⁶

Assim, em decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com eficácia contra todos e efeitos vinculantes, o STF decidiu manter a TR como índice de correção monetária para os precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015. As referidas ADIs analisaram a constitucionalidade da EC nº 62/2009 e declararam a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º, da Lei nº 11.960/2009.

Além das decisões proferidas nas ADIs acima referidas, que têm eficácia contra todos e efeitos vinculantes, o STF reabriu o debate em sede de repercussão geral.

Isso porque nas ADIs não foi declarada a inconstitucionalidade por completo do art. 5º, da Lei nº 11.960/2009: a inconstitucionalidade se restringiu à correção monetária e houve modulação em relação aos precatórios. Assim, ainda havia debate a ser realizado, razão pela qual o Supremo admitiu como de Repercussão Geral o Tema 810, nos seguintes termos:

A questão jurídico-constitucional versada nestes autos diz respeito à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09. Tendo em vista a recente conclusão do julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, ocorrida em 25 de março de 2015, revela-se oportuno que o Supremo Tribunal Federal reitere, agora em sede de

¹⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4357/DF. Relator: ministro: Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>.

¹⁶ Ibidem. Grifo nosso.

*repercussão geral, as razões que orientaram aquele pronunciamento da Corte, o que, a um só tempo, contribuirá para orientar os tribunais locais quanto à aplicação do decidido pelo STF, bem como evitará que casos idênticos cheguem a esta Suprema Corte.*¹⁷

Conforme constatado no fundamento da decisão que reconheceu a repercussão geral do Tema 810, os demais tribunais estavam ampliando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF nas ADIs nº 4357 e 4425 também para os juros das dívidas não tributárias da Fazenda Pública, o que o STF não tinha feito.

Assim, agindo de forma pragmática, o STF admitiu o Tema 810 como de repercussão geral, que também tem eficácia vinculante e efeito contra todos como uma forma de esclarecer os limites da decisão proferida nas ADIs nº 4357 e 4425:

Revela-se, por isso, necessário e urgente que o Supremo Tribunal Federal reitere, em sede de repercussão geral, a tese jurídica fixada nas ADIs nº 4.357 e 4.425, orientando a atuação dos tribunais locais aplicação dos entendimentos formados por esta Suprema Corte.¹⁸

No julgamento final do Tema 810 o STF decidiu pela constitucionalidade dos juros da poupança, mas pela inconstitucionalidade da adoção da TR como índice de correção monetária e fixou a utilização do IPCA-E como índice a ser utilizado.

4.3. Da coisa julgada que aplica dispositivo legal posteriormente declarado inconstitucional pelo STF

Considerando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em sede de ADI, seja em Recurso Extraordinário com repercussão geral, sua eficácia contra todos e efeitos vinculantes interfere na coisa julgada que determinou a aplicação da norma posteriormente declarada inconstitucional? Voltando para a hipótese “C”, do capítulo 3, em que transitou em julgado a aplicação da TR¹⁹ como índice de correção monetária, pode o credor rediscutir o índice de correção monetária em execução, já que é uma norma processual e tem, portanto, aplicação imediata?

Em razão da necessidade de pacificação social, o Estado Democrático de Direito valorizou várias normas e institutos, como a coisa julgada, a segurança jurídica, a prescrição e a preclusão. A estabilidade das relações sociais é imprescindível

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 Sergipe**. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de abril de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/Repercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5554960>. Acesso em: 18 maio 2023. Grifo nosso.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ A experiência profissional demonstrou que vários casos ficaram anos em discussão judicial, inclusive com sobrestamento em razão da aplicação da sistemática dos recursos repetitivos, sobre a aplicação do art. 5º, da Lei nº 11.960/2009, havendo coisa julgada após a decisão do STJ.

para o bom funcionamento do Estado Democrático. É por causa disso que há grande valorização da coisa julgada e da segurança jurídica, sendo a relativização desses institutos uma exceção.

Assim, se se valorizar a coisa julgada, ainda que ela tenha determinado a aplicação de norma posteriormente declarada inconstitucional, mesmo em se tratando de norma instrumental, o credor de dívida contra a Fazenda, cujo título executivo determinou a aplicação da TR, não poderia simplesmente apresentar cálculos aplicando-se o IPCA-E como índice de correção monetária.

Por outro lado, caso se dê mais ênfase à teoria da nulidade das normas inconstitucionais, não se poderia exigir a execução de um título em que considerada uma norma expressamente declarada inconstitucional²⁰.

O Código de Processo Civil, dando mais valor à nulidade da norma inconstitucional previu nos §§ 12 a 15, do seu art. 525, abaixo transcritos, a possibilidade de, em sede de impugnação ou ação rescisória, o executado alegar a inexigibilidade da obrigação fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º. Na impugnação, o executado poderá alegar:

[...]

III – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

[...]

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado

²⁰ Relativizando, de alguma forma, a eficácia executiva da norma abstratamente declarada inconstitucional sobre as decisões judiciais anteriormente proferidas em sentido contrário.

da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.²¹

Aplicando-se o § 12 acima transcrito, vê-se que o *devedor* tem a chance processual de alegar a inexigibilidade do título fundado em declaração de inconstitucionalidade, desde que a decisão do STF seja anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda (conforme prevê o § 14).

Não poderia o *credor*, quando da apresentação de seus cálculos (caso cumpridos os requisitos dos §§ 12 e 14, do art. 525, do Código de Processo Civil – CPC) justificar o desrespeito à coisa julgada em razão da decisão superveniente do STF que declarou a inconstitucionalidade da TR como índice de correção monetária?

Essa seria uma interpretação viável, em ponderação entre a segurança jurídica, estabilização das decisões judiciais e a declaração de inconstitucionalidade de lei. Haveria a aplicação do princípio da paridade de armas, da valorização do princípio da Unidade do Direito e da igualdade.

Caso, entretanto, a declaração de inconstitucionalidade tenha sido proferida após o trânsito em julgado do processo, caberia à parte desfavorecida (credor ou devedor) propor a devida ação rescisória, nos termos do § 15, do art. 525, do CPC. Esse novo artigo, contudo, sofreu muitas críticas da doutrina, porque teria criado uma ação rescisória sem prazo. Destaco a lição de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha:

Essa hipótese especial de ação rescisória pode levar a uma primeira impressão de que há grave comprometimento à segurança jurídica. Isso porque essa decisão superveniente do STF pode vir a ser proferida muitos anos depois da coisa julgada. Assim, toda coisa julgada seria intrinsecamente instável, já que há sempre a possibilidade de o STF vir a reconhecer a inconstitucionalidade do ato normativo em que se funda a decisão que transitou em julgado.²²

A súmula n. 343 do STF²³, que trata do não cabimento da rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, deve ser aplicada com cuidado. Ensinam Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha:

²¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.

²² DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Cordeiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, p. 467.

²³ Súmula n. 343: não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

A aplicação desse enunciado deve ser examinada em quatro exemplos ora aventados.

a) Divergência na interpretação do Direito entre tribunais, sem que existisse, ao tempo da prolação da decisão rescindenda, precedente vinculante do STF ou STJ (art. 927, CPC) sobre o tema: não há direito à rescisão, pois não se configura a manifesta violação de norma jurídica. Aplica-se o n. 343 da súmula do STF.

b) Divergência na interpretação do Direito entre tribunais, sem que existisse, ao tempo da prolação da decisão rescindenda, precedente vinculante do STF ou STJ (art. 927, CPC) sobre o tema; *após o trânsito em julgado, sobrevém precedente obrigatório do tribunal superior: observado o prazo da ação rescisória, há direito à rescisão, com base nesse novo precedente, para concretizar o princípio da unidade do Direito e a igualdade. Note que o § 15 do art. 525, examinado mais à frente, reforça a tese de que cabe ação rescisória para fazer prevalecer posicionamento de tribunal superior formado após a coisa julgada.*

c) Divergência na interpretação do Direito entre tribunais, *havendo, ao tempo da prolação da decisão rescindenda, precedente vinculante do STF ou do STJ sobre o tema: se a decisão rescindenda contrariar o precedente vinculante, há direito à rescisão, pois se configura a manifesta violação de norma jurídica.* Violam-se, a um só tempo, a norma do precedente e a norma que decorre do art. 927, do CPC.

d) Divergência na interpretação do Direito entre tribunais, havendo, ao tempo da prolação da decisão rescindenda, precedente vinculante do STF ou STJ; após o trânsito em julgado, sobrevém novo precedente do tribunal superior, alterando o seu entendimento: não há direito à rescisão, fundado nesse novo precedente, tendo em vista a segurança jurídica, tal como decidido pelo STF, no RE n. 590.809, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 22.10.2014.²⁴

É importante destacar ainda que após o julgamento do Tema 810 pelo STF, o STJ achou por bem rediscutir a questão em recurso repetitivo para compatibilizar sua decisão anterior com a do STF, afastando a correção monetária pela TR e determinando a incidência de juros da poupança. Quando desse julgamento – Resp. nº 1.495.496/MG – Tema 905 –, o STJ abordou expressamente a questão da coisa julgada. Destaco a ementa do Tema 905, com especial destaque para o seu item 4:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PRE-
VISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE
A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA
PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA

²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Cordeiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal, p. 495-496.

PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A INDÉBITO TRIBUTÁRIO. • TESES JURÍDICAS FIXADAS.

1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária. No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral. As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos. As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos,

sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.

3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas. No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.

3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009).

3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

4. *Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto.*

• SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO. 5. Em se tratando de dívida de natureza tributária, não é possível a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009) – nem para atualização monetária nem para compensação da mora –, razão pela qual não se justifica a reforma do acórdão recorrido. 6. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ.²⁵

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Repetitivo no Recurso Especial nº 1.495.146/MG – Tema 905**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=905&cod_tema_final=905. Acesso em: 18 maio 2023.

Observa-se que o item 4 transcrito teve a intenção de preservar a coisa julgada, mas ressaltou a coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices posteriormente declarados inconstitucionais, e até ilegais, que deve ser aferida em cada caso concreto. Ora, se a legalidade e constitucionalidade podem ser aferidas no caso concreto, o STJ assegurou a coisa julgada? Vê-se que o STJ não deixou clara a definição da questão, permitindo sua discussão nos casos concretos. Ou seja, o próprio STJ abriu precedente para se debater a coisa julgada, ao contrário de assegurá-la.

De fato, a coisa julgada que aplica dispositivo legal declarado inconstitucional pelo STF merece tratamento caso a caso, dependendo do momento em que foi firmada, juntamente com o julgamento da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, conforme dispôs o próprio CPC, nas regras transcritas anteriormente. Por outro lado, o precedente do STJ teria ressaltado a coisa julgada “ilegal”, que não deveria ser revista, pois não há essa hipótese no nosso ordenamento jurídico.

A conclusão a que se pode chegar é a que as normas instrumentais fazem coisa julgada, e seguem o princípio do *tempus regit actum*, de forma que pode haver a aplicação da nova norma para o período posterior ao qual houve julgamento. Não pode, por outro lado, haver o debate em fase de execução se a fase de conhecimento expressamente apreciou a matéria, ressaltada a hipótese de posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

5. DAS DÍVIDAS NÃO CONTRATUAIS DA FAZENDA PÚBLICA: FIXAÇÃO DOS JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA QUANDO DA FASE DE EXECUÇÃO

Com o advento do sincretismo processual, não há que se falar em processos autônomos de conhecimento e execução, mas sim em fases processuais. Ainda assim, pode ser defendido que há temas em que a arena propícia para debate é uma ou outra fase. Utilizando-se da clássica divisão da eficácia das sentenças de mérito, nas palavras de Araken de Assis, temos que:

O conteúdo do processo comporta classificação consoante os mais heterogêneos critérios. Em virtude da comparação entre a situação verificada, no plano do direito material, antes e depois do processo, tornou-se natural, porque alvitre já centenário e banalizado a esta altura, classificar o mérito ou objeto litigioso consoante a eficácia produzida pela sentença de mérito. Não é classificação absoluta – outros critérios permanecem úteis, como a natureza real ou pessoal da pretensão do autor, empregada para fins de determinação da competência –, e, por isso, revela-se inexata a opinião que se cuidaria da “única classificação legítima e importante”. Em termos de eficácia, considera-se tão-só a força ou carga da ação, porque todas as eficácias se enfeixam, em grau variável, mas de menor intensidade que a força, na sentença de procedência.

Essa laboriosa construção alterou profundamente a sistemática processual. No estágio presente, arrolam-se cinco classes autônomas: (a) *declarativa*; (b) *constitutiva*; (c) *condenatória*; (d) *executiva*; e (e) *mandamental*. O esquema das cinco classes difundiu-se e granjeou adesões, mas não é universal. O mérito indiscutível do arranjo consiste em não deixar de fora, porque inadaptável, nenhuma ação. Assim, a controversa sentença do art. 501, relativa à emissão de declaração de vontade de um dos figurantes para formar o contrato definitivo, inclui-se dentre as sentenças executivas. Em vão se buscaria acomodá-la ao âmbito da declaração, constituição e condenação sem cair em contradição com as notas características dessas classes.

[...]

Esses efeitos se produzem, como já afirmado, no plano substancial. Porém, há uma diferença: o provimento do órgão judicial, antecipatório ou final, por si mesmo produz os efeitos da certeza e do estado jurídico novo, correspondentes às forças declarativa e constitutiva, enquanto tais (decompõem-se o feixe de eficácias para visualizá-los individualmente); por conseguinte, nem sequer exigem do vencido qualquer adesão ulterior, porque irrelevante e supérflua. É ponto pacífico, quer no concernente à declaração, que no tocante à constituição, a desnecessidade de qualquer atividade jurisdicional ulterior para alcançar o bem da vida ao vencedor.

Nos demais casos, entretanto, por si só a sentença de procedência não entrega o bem da vida ao vencedor. A análise dos cinco elementos (ou forças) contidos no pronunciamento judicial – declarativo, constitutivo, condenatório e mandamental – revela que nem todos são entregues, imediatamente, ou seja, pela própria sentença (transitada em julgado ou não) ao autor. Essa impossibilidade congênita reclama, para algumas das forças, atividade posterior e complementar à formulação da regra jurídica concreta: ou (a) sobrevém o cumprimento voluntário de vencido, o que a ordem jurídica aguarda e recomenda, porque conforme ao direito, ou (b) *haverá necessidade de mais atividade jurisdicional, destinada ao cumprimento forçado do comando judicial ou execução*.²⁶

Assim, em uma sentença constitutiva há o reconhecimento do próprio direito, com a criação, extinção ou modificação de uma relação jurídica. Nas sentenças condenatórias, por sua vez, reprova-se o vencido, conferindo ao vencedor um título executivo. Já deve haver a fixação dos índices de correção monetária e juros quando da prolação da sentença constitutiva ou condenatória?

²⁶ ASSIS, Araken de. Cumprimento da sentença. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Grifo nosso. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/196/edicao-1/cumprimento-da-sentenca>. Acesso em: 20 out. 2022.

Nos casos de sentenças em face da Fazenda Pública, em razão de o pagamento ter previsão constitucional por meio de precatórios ou requisição de pequeno valor, não há o cumprimento espontâneo da obrigação, devendo haver o início da execução por parte do credor.

Ora, se no caso da Fazenda Pública sempre vai haver uma fase de execução, e se, conforme visto, as normas que tratam de juros moratórios e correção monetária são instrumentais, conclui-se que o ambiente mais propício para seu debate deve ser durante a execução, quando se está mais perto do pagamento, evitando-se a sobreposição de entendimentos jurisprudenciais enquanto ainda em debate o *an debeatur*.

Em razão da experiência com o debate acerca do art. 5º, da Lei nº 11.960/2009, com jurisprudência amplamente flutuante, conforme visto (inicialmente posição do TJSP de que se tratavam de normas materiais, posterior fixação pelo STJ de que sua natureza é instrumental e, por fim, declaração parcial de inconstitucionalidade pelo STF), e a necessidade de fase de execução contra a Fazenda Pública, tem-se visto uma tendência dos magistrados em postergarem para a fase de executória a fixação dos índices de juros de mora e correção monetária, o que é válido, pois evitam-se decisões contraditórias e que podem ser revistas.

6. CONCLUSÃO

A coisa julgada que aplica dispositivo legal posteriormente declarado inconstitucional pelo STF já foi bastante relativizada, havendo, inclusive, um prazo diferenciado para a ação rescisória, conforme consta do § 15 do art. 525 e do § 8 do art. 535, do CPC: a partir do trânsito em julgado da decisão do STF.

A coisa julgada que aplica dispositivo legal posteriormente declarado inconstitucional pelo STF acerca de norma processual é ainda mais frágil, sendo possível interpretação em favor do credor de apresentar cálculos sem os critérios constantes do título que foram declarados inconstitucionais, em razão de uma isonomia, pois o devedor poderia fazer essa alegação em impugnação.

O ideal, portanto, é discutir índices de correção monetária e juros apenas quando da execução, pois as normas processuais têm aplicação imediata e, ao tempo da execução, pode haver regramento ou interpretação dos tribunais diferente do tempo em que houve a formação do título executivo judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. Cumprimento da sentença. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/196/edicao-1/cumprimento-da-sentenca>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 nov. 1999.

BRASIL. Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009. Altera e acresce dispositivos às Leis nºs 9.639, de 25 de maio de 1998, e 11.196, de 21 de novembro de 2005, para dispor sobre parcelamento de débitos de responsabilidade dos Municípios, decorrentes de contribuições sociais de que tratam as alíneas a e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; bem como acresce dispositivo à Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para simplificar o tratamento dado às cobranças judiciais da dívida ativa quando, da decisão que ordene o seu arquivamento, tiver decorrido o prazo prescricional; dá nova redação ao art. 47 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para dispensar a apresentação da Certidão Negativa de Débito em caso de calamidade pública ou para recebimento de recursos para projetos sociais, ao art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, para uniformizar a atualização monetária e dos juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, ao art. 19 da Lei nº 11.314, de 3 de julho de 2006, para estender o prazo durante o qual o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes poderá utilizar recursos federais para executar obras de conservação, recuperação, restauração, construção e sinalização de rodovias transferidas para outros membros da Federação, e ao inciso II do art. 8º da Lei nº 11.775, de 17 de setembro de 2008, para prorrogar a data-limite para adesão pelos mutuários de créditos rurais inscritos em Dívida Ativa da União ao parcelamento dos seus débitos; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 146, n. 122, p. 4, 30 jun. 2009.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197 – RS (2011/0028141-3)**. Relator: Min. Castro Meira, 18 de maio de 2011a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100281413&dt_publicacao=02/08/2011. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.111.117 – PR (2009/0015724-4)**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 2 de junho de 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900157244&dt_publicacao=02/09/2010. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.205.946 – SP (2010/0136655-6)**. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 19 de outubro de 2011b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001366556&dt_publicacao=02/02/2012. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Repetitivo no Recurso Especial nº 1.495.146/MG – Tema 905**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=905&cod_tema_final=905. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357 Distrito Federal**. Relator: Min. Ayres Britto, 14 de março de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 135.193-4 Rio de Janeiro**. Relator: Min. Marco Aurélio, 10 de dezembro de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207827>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 Sergipe**. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de abril de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5554960>. Acesso em: 18 maio 2023.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Cordeiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0134252-97.2008.8.26.0053**. Relator: Franklin Nogueira, 22 de março de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposgcr/show.do?processo.codigo=RI000O8QY12KW>. Acesso em: 18 maio 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

A MEDIAÇÃO NA EXECUÇÃO: POSSIBILIDADE E APLICAÇÃO

Mediation in execution: possibility and application

Gustavo Lucas Fioravanti Pereira¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A mediação e seu respectivo tratamento no Novo CPC; 2.1. Possibilidade: os pontos de encontro da mediação com a execução; 3. Aplicação: hipóteses de incidência; 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Este artigo tem como objetivo a demonstração da possibilidade de uso, bem como a respectiva aplicação, da mediação na execução. O método consensual em destaque é descrito, inicialmente, a partir de seu tratamento conferido pelo Novo Código de Processo Civil, visando identificar pontos de encontro entre a mencionada forma de resolução autocompositiva e a fase processual em estudo. Aponta e analisa também determinadas hipóteses de incidência, em rol exemplificativo, com o fito de apresentar a mediação como instrumento viabilizador à solução de contendas, ainda que o processo se encontre em fase terminal, ou tenha se originado de forma autônoma. Para a efetiva realização deste trabalho, foi utilizada a metodologia da pesquisa bibliográfica por meio da doutrina de artigos científicos pertinentes à temática, bem como da legislação vigente.

Palavras-chave: Processo Civil. Mediação. Execução. Autocomposição. Consensualidade.

ABSTRACT

This study aims to show the possibility of use and the respective application of mediation in execution. We initially describe the highlighted how the New Brazilian Civil Procedure Code treats the consensual method to find meeting points between the aforementioned form of self-compositional resolution and the studied procedural phase. We also point out and analyze certain incidence hypotheses, in an exemplary list, to show mediation as a viable instrument to solve disputes, even if the process is in a terminal phase or has originated autonomously. To effectively achieve our goals, bibliographical research was used via the doctrine along with studies which are relevant to the subject and the current legislation.

Keywords: Civil Procedure. Mediation. Execution. Self-composition. Consensus.

1. INTRODUÇÃO

O Direito está em constante transformação. Este caráter modificativo pode ser oriundo das mais diversas motivações, figurando entre elas a própria vontade que emana do legislador em querer inovar, evoluir, reinterpretar etc. Este mesmo agente transformador representa os anseios da própria sociedade, a qual também passa por vultosas mudanças com o passar do tempo.

¹ Executivo Público na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP). Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado (ESPE-SP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) em 2013.

Em uma rápida aula de História, por exemplo, podemos identificar, em curtos lapsos temporais, importantes alterações na forma de pensar e agir dos indivíduos integrantes de uma mesma sociedade, bem como suas mais diversas consequências e/ou implicações na seara jurídica. Delimitando-se o tema, o foco deste trabalho consiste em apresentar uma dessas transformações que trouxeram novas roupagens e abordagens, especificamente no Processo Civil hodierno. Trata-se do chamado sistema multiportas, buscando saídas consensuais que privilegiam um deslinde processual participativo/colaborativo para as partes em conflito.

Hodiernamente, são dois os meios consensuais (também conhecidos como autocompositivos, considerando-se a resolução pelas próprias partes) geralmente apontados como os mais utilizados e de maior êxito: a conciliação e a mediação. Ambos os métodos possuem suas particularidades, mas não nos cabe aqui apontar suas diferenças. Basta salientar, de antemão, que possuem seus próprios regramentos e aplicabilidades. Em nova delimitação, o objeto de estudo será um desses mecanismos, qual seja o da mediação.

Não basta, no entanto, apenas apresentar a mediação como um conceito e/ou metodologia plenamente aplicável no Processo Civil como um todo. Já existem, felizmente, riquíssimos trabalhos bastante elucidativos acerca desta temática. Deve-se, portanto, questionar se existem pontos nos quais paira certa incerteza, se aquela vontade transformadora do legislador não deixou clarividente se a mencionada aplicação tem cabimento e devido respaldo legal, ainda que de forma mais subjacente ou que dependa de maiores interpretações.

Desta forma, e delimitando-se uma última vez, questiona-se se a mediação é passível de aplicação quando o processo está em sua reta final. Trocando em miúdos: cabe mediação quando falamos também em execução? Novamente, em outras palavras: a transformação advinda do sistema multiportas, tratando-se exclusivamente das dinâmicas e metodologias da mediação, é suscetível de produzir efeitos até mesmo após a prolação de uma sentença ou a feitura de um acordo? Se sim, de que formas se apresentam estas possibilidades e aplicações?

São perguntas que certamente demandam reflexões, análises, bem como uma conclusão que leva em consideração esse caráter modificativo. Porém, acima de tudo, busca-se apresentar respostas às questões formuladas e, se estas forem respondidas a contento, certamente podem trazer um novo olhar acerca da mediação, da consensualidade e suas respectivas implicações e – por que não? – continuar transformando o Direito.

2. A MEDIAÇÃO E SEU RESPECTIVO TRATAMENTO NO NOVO CPC

Antes de adentrar no foco central deste artigo, faz-se necessário apresentar como o atual Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) tratou o instituto da

mediação² em seus diversos dispositivos. O primeiro ponto que nos chama atenção é o fato de que a primeira menção aos meios alternativos de resolução de conflitos³ se encontra logo no primeiro capítulo do Livro I do *Código dos Ritos*, no qual resta determinado o dever estatal de promover a solução consensual dos conflitos⁴.

Temos, destarte, que entre as normas fundamentais do atual *Codex*, está o devido reconhecimento⁵ do legislador e fomento das vias alternativas. O já mencionado sistema *multiportas*⁶ possibilita que as partes (estando em litígio ou não – caso do uso extrajudicial da mediação, por exemplo) busquem outros caminhos para satisfazer seus interesses, em muitas das ocasiões firmando um acordo⁷ que possibilite

² Mediação é o mecanismo de abordagem consensual de controvérsias em que uma pessoa isenta e capacitada atua tecnicamente com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas. TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos**. Fernanda Tartuce site, 2016. Disponível em: <http://www.fernandartatuce.com.br/mediacao-no-novo-cpc-questionamentos-reflexivos/>. Acesso em: 9 mar. 2020.

³ Costumam-se chamar de “meios alternativos de resolução de conflitos” a mediação, a conciliação e a arbitragem (*alternative dispute resolution* – ADR). Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam “alternativos”, mas sim *adequados*, formando um modelo de sistema de justiça *multiportas*. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há, ainda, outros meios, a exemplo da negociação direta e do *dispute board*. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 685.

⁴ Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

⁵ Segundo a comissão de legisladores do Novo Código, a disciplina dos meios consensuais de solução de conflitos busca dar-lhes “todo o destaque que modernamente eles têm tido”. TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 291.

⁶ Pode-se pensar que uma pessoa, diante de um conflito, tem à sua disposição várias alternativas para tentar solucioná-lo. Pode procurar diretamente a outra parte envolvida e tentar negociar o impasse sem a interferência de ninguém. Mas pode também procurar um terceiro e este propor diferentes métodos de solução existentes (mediação, arbitragem, entre outros). Pode ainda procurar um ente estatal que, dependendo do conflito, ainda que não seja o Poder Judiciário, tente intermediar o impasse. Pode, ainda, procurar o Estado-Juiz para ajuizar uma demanda. Cada uma das alternativas corresponde a uma *porta* que a pessoa se dispõe a abrir, descortinando-se a partir daí um caminho proposto pelo método escolhido. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema *multiportas*: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programas de graduação em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p. 71-107, 2019, p. 85.

⁷ Essa nova forma de fazer uma ligação entre as partes envolvidas no processo para que seja alcançada uma solução viável, que não procure culpados, mas uma solução prática, um acordo, ganhou força a partir do CPC de 2015, especialmente porque, dentro da transição de modelos propostas, torna a tentativa de resolver os conflitos sem a imposição judicial um dever fundamental dos litigantes, que passam a ser obrigados, salvo a manifestação expressa de ausência de interesse, a tentar entrar em acordo, para, só então, não obtido êxito, submeterem o seu conflito a uma solução judicialmente imposta. SALIM, Clara Araújo; SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Justiça *multiportas*: uma análise da mediação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 299, p. 451-468, jan. 2020, p. 456. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/168554>. Acesso em: 20 out. 2022.

o alcance de seus anseios. Não se pode negar que a colaboração⁸ se tornou elemento essencial na codificação pátria.

Em seguida, compreende-se que a conciliação, a mediação, bem como outros métodos de solução conflituosa, também serão objeto de estímulo por parte de juízes, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo (Art. 3º, § 3º, CPC/2015). Aqui, temos que o papel de abrir as portas às vias consensuais se estende a vários sujeitos, especialmente no tocante aos casos em que já há litígio instaurado.

Este último dispositivo é certamente muito importante no sentido de evidenciar o elemento transformativo do direito. Estamos saindo de um sistema que coloca o juiz, por exemplo, como principal agente motivador do processo, visando dar andamento por meio de despachos e decisões, e colocando a autonomia das partes, bem como sua vontade de se alcançar a consensualidade, como um objetivo a ser perseguido pelos próprios magistrados.

Pode-se pensar, inicialmente, que após a decisão de mérito não caberia pensar em autocomposição e consenso entre os litigantes, mas é importante frisar, desde já, que tal interpretação não nos parece estar exatamente de acordo com os diversos dispositivos⁹ que mencionam as soluções autocompositivas. Para exemplificar, avancemos um pouco mais no CPC, especificamente no art. 139, I, II e V, *in verbis*:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I – Assegurar às partes igualdade de tratamento;

II – Velar pela duração razoável do processo;

[...]

V – *Promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.* (grifo nosso)¹⁰

⁸ O novo Código trouxe também algumas outras inovações muito relevantes, como (a) a grande abertura que proporciona à efetivação dos meios alternativos de solução de conflitos, consistentes na arbitragem, na conciliação e na mediação (supra, n. 14), (b) a implantação de um sistema colaboracionista, no qual o juiz e as partes são conclamados a dialogar e a cooperar entre si para a busca de soluções com a maior brevidade possível (infra, n. 33). DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do Novo Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 39.

⁹ Sob a perspectiva numérica, eis as ocorrências: no novo CPC a mediação é mencionada em 39 dispositivos, a conciliação aparece em 37, a autocomposição é referida em 20 e a solução consensual consta em 7, o que totaliza 103 previsões (TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**, p. 292).

¹⁰ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, data da publicação: 17 mar. 2015, página 1, art. 139. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 out. 2022

Novamente temos a *persona* do juiz como agente condutor, direcionando o processo conforme as disposições do *Codex*. A bem da verdade, estamos diante de um verdadeiro dever por parte do magistrado, consistente em estimular a autocomposição em qualquer momento. Isso já nos leva ao entendimento de que, desde o princípio do litígio, a busca pelo entendimento e o tratamento isonômico entre as partes permanece como algo a ser desejado, fruto também deste aspecto colaborativo/cooperativo¹¹ entre as partes e o juiz do processo.

Importante mencionar ainda, o destaque à figura dos mediadores, terceiros indispensáveis para a realização da mediação. Apesar de o mediador em si não estar no bojo da discussão principal que permeia este artigo, não se pode ignorar que a boa atuação¹² deste profissional constitui elemento fundamental para o restabelecimento do diálogo entre as partes, bem como para uma possível realização de acordo.

Voltaremos em breve para o citado art. 139, considerando que este está intrinsecamente relacionado com o uso da mediação na fase de execução. Existem ainda outros dispositivos que merecem o devido destaque. No parágrafo anterior foi citada a figura do mediador. Tanto este, como o conciliador, possuem seção específica no Novo CPC, compreendendo diversos dispositivos que vão desde as funções¹³ principais exercidas por estes profissionais, bem como os princípios informadores da

¹¹ “O modelo cooperativo ou colaborativo, com ases no direito processual português e alemão, fora desenhado sob a perspectiva de se: (i) eliminar o distanciamento acentuado entre Estado-juiz e Partes demandantes, bem como a sobreposição latente dos interesses de um ou outro lado, característica predominante nos outros modelos processuais estudados; (ii) permitir a condução de um processo mais colaborativo, democrático e participativo, onde as partes demandantes contribuirão mais ativamente com o Estado-juiz, e vice versa, influenciando, por consequência, no próprio provimento jurisdicional formado; e (iii) buscar precipuamente a efetividade da tutela jurisdicional, perseguindo a decisão de mérito justa e efetiva prevista no art. 6º do Código de Processo Civil de 2015. COSTA, Maria Clara Pazin; ALMEIDA, Paloma da Silva. O modelo cooperativo de processo. In: STEFANI, Marcos; ALMEIDA, Gregório Assagra de (coord.). **O Direito em épocas extraordinárias**. Belo Horizonte: D’Plácido, p. 567-588, 2020, p. 572-573.

¹² Papel do mediador. O mediador não pode sugerir soluções. As situações que ensejam a mediação, como visto, necessitam, antes de mais nada, do equilíbrio entre as próprias partes, antes de se passar à negociação do acordo. E, por lidar com conflitos de âmbito subjetivo/emocional, deve ter consciência de que as próprias partes são as pessoas mais indicadas para encontrar soluções para a controvérsia. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 579.

¹³ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

[...]

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

mediação¹⁴ – importante destacar neste momento que a Lei n. 13.140, a qual dispõe sobre a mediação e suas diversas regras, traz nos incisos do art. 2º outros princípios, como o da boa-fé e da isonomia entre os envolvidos.

Entre os princípios, destacamos dois em especial: o da imparcialidade¹⁵ e também o da autonomia da vontade. O primeiro está atrelado à própria postura do mediador durante uma sessão de mediação, correspondente a mesma característica esperada do juiz, qual seja de não pender para nenhum dos lados em conflito durante o curso processual. A diferença está, logicamente, no sentido. O mediador deve saber escutar ambas as partes e manter o equilíbrio dos debates, mas sem decidir acerca de qualquer mérito.

Quanto à autonomia da vontade, Fernanda Tartuce (2014) traz em sua explicação bastante clareza acerca deste tão importante (e imprescindível) princípio:

A mediação permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e protagonize uma saída consensual para o conflito: ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça. *Como facilmente se percebe, a autonomia da vontade está ligada à dignidade e à liberdade.*

O tema da autonomia traz a mente um ponto importante: a voluntariedade. Por tal diretriz, que para muitos é nota essencial da mediação, a conversação só pode ser realizada se houver aceitação expressa dos participantes; eles devem escolher o caminho consensual e aderir com disposição à mediação do início ao fim do procedimento. O tema voltará a ser abordado quando da análise da obrigatoriedade da mediação; de todo modo, vale aqui pontuar que, para quem leva a sério a autonomia da vontade, a voluntariedade precisa ser objeto de considerável atenção, já que ela se conecta com a disposição das partes em engajar-se no diálogo.

¹⁴ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

[...]

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

¹⁵ Essencial diretriz dos meios de solução de conflitos, a imparcialidade representa a equidistância e a ausência de comprometimento em relação aos envolvidos no conflito. Crucial tanto nos meios adjudicatórios como nos consensuais, sua presença é um fator determinante para que seja reconhecida como válida a atuação do terceiro que intervém no conflito (seja para decidir, seja para fomentar o consenso). Para atuar em uma causa, o terceiro imparcial deve ser completamente estranho aos interesses em jogo, não sendo ligado às partes por especiais relações pessoais: tal abstenção é fundamental para o reconhecimento de sua credibilidade em relação aos litigantes e à opinião pública pela certeza de sua independência (TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**, p. 226).

[...]

Ao conceber a pessoa como protagonista de suas decisões e responsável por seu próprio destino, a mediação revela ter como fundamento ético a dignidade humana em seu sentido mais amplo. (grifo nosso).¹⁶

Conforme afirmamos no item 1 deste artigo, o legislador tem o condão de trazer inovações e melhorias à esfera do Direito. Aqui, especificamente, podemos perceber com clareza o protagonismo conferido às pessoas (membros integrantes da sociedade) por meio da autonomia da vontade, figurando como norma principiológica da mediação. Notável que a busca pelo consenso aparece até mesmo nas entrelinhas de boa parte dos dispositivos legais inseridos no *Código dos Ritos*.

Mantendo-se a caminhada na mesma trilha do protagonismo, o CPC/2015 também estendeu o papel dos Tribunais (conforme citação ao art. 165, *caput*) e dos entes federativos¹⁷, ao preconizar a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (no caso dos Tribunais), bem como câmaras de mediação e conciliação, voltadas da mesma forma para a busca da consensualidade, desta vez no âmbito administrativo.

Dessa forma, podemos perceber que a mediação não se restringe, conforme determina a legislação, aos casos que envolvam unicamente particulares (vale destacar, neste momento, que a Lei n. 13.140/15, permite a mediação sobre direitos indisponíveis, mas somente para aqueles que admitem transação). O alcance vai além, sendo fomentada a participação de representantes do Poder Público na criação¹⁸ das câmaras e suas respectivas sessões. Este espírito cooperativo, colaborativo, trazido

¹⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**, p. 214.

¹⁷ Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I – Dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II – Avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III – Promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

¹⁸ A criação dessas câmaras, com tais finalidades, está igualmente prevista no art. 32 da Lei n. 13.140, de 2015, que trata da mediação entre particulares e entre particulares e, igualmente, sobre a auto-composição no âmbito do Poder Público. Criada a câmara pelo ente público, seu regulamento deve indicar quais casos podem ser submetidos à mediação. A submissão do conflito à câmara é facultativa e somente será cabível nos casos previstos no seu regulamento. [...] Enquanto não criadas as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, as disputas podem ser resolvidas mediante procedimento de mediação, com marcação de reunião inicial, quando, então, será considerada instaurada a mediação. Na verdade, o art. 33 da Lei n. 13.140, de 2015, prevê a adoção do *procedimento* da mediação. Não há, rigorosamente, no que diz respeito às pessoas jurídicas de direito público, uma regulação a respeito da mediação (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 711).

pelo Novo CPC e mencionado anteriormente, mantém sua forte incidência quando se trata de meios alternativos (adequados) de solução de conflitos.

Não obstante, faz-se necessário apontar outro fator determinante que explica a importância e o alcance conferidos aos também chamados *alternative dispute resolutions* (ADRs), estando entre eles a mediação. Fato é que o nosso Judiciário se encontra superlotado de litígios, o que acarreta considerável demora na objetivada prestação jurisdicional, ocasionando não somente em morosidade, mas ao mesmo tempo, em frustração.

Destarte, entendemos que o legislador, apoiando-se em experiências de outros países e identificando os problemas estruturantes¹⁹ do Judiciário pátrio, bem como nossa própria cultura²⁰, percebeu a necessidade (além do fator principal de possibilitar o uso de métodos adequados de resolução conflituosa às partes) de trazer esses novos mecanismos, seja para diminuir a quantidade de processos, seja para trazer maior celeridade à sociedade. Plenamente justificável, também nesse ponto, a importância conferida às novas alternativas. Importante deixar claro, no entanto, que eventual desafogamento do Judiciário se traduz em consequência, e não como foco e/ou objetivo primordial da mediação e demais metodologias.

Voltando o foco ao CPC/2015 e, conforme visto anteriormente, muitos são os artigos que trazem a expressão “mediação” em seu conteúdo. O objetivo deste item em específico é trazer um panorama geral acerca do tratamento conferido pelo *Codex*,

¹⁹ A concepção de um Judiciário mais célere, racional e eficiente inspirou as modificações que fazem parte do conjunto de medidas advindas com a denominada Reforma do Judiciário. [...] Conforme consta no Relatório de 2015, o estoque de processos em tramitação cresce continuamente desde 2009, não obstante o incremento tanto de investimentos financeiros quanto de novos juizes e servidores em toda a estrutura do Judiciário nacional. Resta evidente, portanto, que novas estratégias precisam ser adotadas a fim de que os conflitos sejam efetivamente resolvidos e de que a Justiça atenda aos anseios de maior eficiência. Visando a este acréscimo de qualidade na prestação da Justiça, a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça, com nova redação dada pela Emenda n. 2, de 08 de março de 2016, considera a mediação e a conciliação como instrumentos de pacificação social e como responsáveis pela redução do excesso de litígios que tramitam nas diversas instâncias judiciais do país. Busca privilegiar, então, outros métodos de solução de conflitos que não a sentença judicial. EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. 2016. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2016. p. 92-93. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/4211>. Acesso em: 20 out. 2022.

²⁰ Da postulação à composição do conflito, revelando-se o que a doutrina tem denominado de sistema multiportas, lembrando aqui as palavras da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi e de Gláucia Falsarella Foley (2008), muito antes da edição do novo Código, em reportagem da Folha de São Paulo, criticando o excesso de litigiosidade, alimentada pela cultura adversarial do povo brasileiro, e lançando luzes para formas alternativas de resolução de conflitos, com estímulo à autocomposição, defendendo as articulistas que *Para o sistema operar com eficiência, é preciso que as instâncias judiciárias, em complementaridade à prestação jurisdicional, implementem um sistema de múltiplas portas, apto a oferecer meios de resolução de conflitos voltados à construção do consenso – dentre eles, a mediação* (2008, *coluna Tendências e Debates*). MACEDO, Elaine Harzheim. Cidadania e dignidade humana na dimensão do processo: humanização do processo. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 256-275, jan./abr. 2017, p. 263-264. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11422>. Acesso em: 20 out. 2022.

com o intuito de evidenciar as regras gerais e utilizações já determinadas pelo legislador. Teremos, futuramente, um item específico para tratar de hipóteses de aplicação da mediação na fase de execução e em procedimentos autônomos.

Entretanto, entendemos ser necessário citar pelo menos alguns casos nos quais o Novo CPC já identifica a utilização das audiências de mediação. Assim, configuram-se como exemplos o art. 359²¹ (inserido no Capítulo XI – Da Audiência de Instrução de Julgamento), o art. 565²² (Seção II – Da Manutenção e da Reintegração de Posse), e por fim, os art. 694²³ (juntamente com seu respectivo Parágrafo único), 695²⁴ e 696²⁵ (Capítulo X – Das Ações de Família). Todos esses dispositivos guardam algo em comum, tão afirmado neste item: a busca pelo diálogo e a consensualidade.

Não restam dúvidas de que o legislador trouxe um leque considerável de artigos que tratam da mediação e suas possíveis aplicações que vão desde ações possessórias, como a casuística envolvendo direito de família. No entanto, podemos notar que apesar de termos tantos dispositivos mencionando a mediação extrajudicial e a judicial, não fica completamente claro se esse método alternativo de resolução conflituosa encontra seu devido espaço, quando pensamos na execução. O *Codex*, infelizmente, demonstra-se silencioso nesse sentido.

Superada essa amostragem geral de artigos, faz-se necessário identificar os pontos nos quais a nossa trilha encontrará um cruzamento, isto é, um novo caminho no qual a mediação e a execução irão finalmente se aproximar (e compatibilizar entre si). No subitem a seguir, o esforço será justamente identificar esses lugares em comum.

²¹ Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

²² Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

²³ Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

²⁴ Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

²⁵ Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

2.1. Possibilidade: os pontos de encontro da mediação com a execução

Vimos no item anterior, diversos dispositivos presentes no Novo CPC acerca da utilização dos meios alternativos (também chamados de meios adequados²⁶) de resolução de conflitos. Na introdução deste artigo, por sua vez, trouxemos dois questionamentos centrais, e a respectiva resposta a eles compõe o objetivo central deste trabalho.

Dito isso, nossa primeira pergunta se constitui no seguinte: é possível pensar em mediação quando falamos também em execução? Com esta questão em mente, o desenvolvimento deste subitem trará pontos nos quais, conforme afirmado anteriormente, se verifica um cruzamento entre a autocomposição (estando a mediação entre um de seus principais expoentes metodológicos) e a fase de execução (incluindo-se aqui também, a execução oriunda de processo autônomo²⁷).

Para dar início, retomemos um dos artigos já mencionados no curso deste trabalho. Trata-se do art. 139, especificamente em seu inciso V, no qual encontramos a promoção a qualquer tempo da autocomposição, por meio de conciliadores e mediadores judiciais, como um dos deveres dos juízes na própria direção²⁸ do processo.

Apenas com base nesse excerto do texto legal, já podemos identificar – e vale dizer que isso não importa em interpretação extensiva da lei – que a autocomposição e a atuação do mediador nas audiências/sessões de mediação, encontram sim espaço em todas as fases processuais (e, como também vimos no item anterior, é igualmente dever do Estado promover a autocomposição). Destarte, estando a execução como uma delas, já se identifica aqui o primeiro ponto em comum entre ambos os temas em estudo.

²⁶ Cf. citação de n. 3.

²⁷ Há duas técnicas processuais para viabilizar a execução de sentença: a) *processo autônomo de execução*: a efetivação é objeto de um processo autônomo, instaurado com essa preponderante finalidade; b) *fase de execução*: a execução ocorre dentro de um processo já existente, como uma de suas fases. Toda a execução realiza-se em um processo de execução, procedimento em contraditório, seja em um processo instaurado com esse objetivo, seja como fase de um processo sincrético. Há execução sem processo autônomo de execução, mas não há execução sem processo. Cabe ao legislador definir se a execução deve realizar-se num processo autônomo, ou numa mera fase de um processo já existente. DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (org.). **Curso de Direito Processual Civil**: execução. v. 5. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 45-46.

²⁸ 2. Deveres na Direção do Processo. Na direção do processo, cumpre ao órgão jurisdicional assegurar às partes igualdade de tratamento, com o que vela pela paridade de armas no processo civil (art. 5.0, I, CF), elemento indissociável de nosso processo justo (art. 5º, LIV, CF). Na esteira do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e prestada em tempo razoável (art. 5.0, XXXV e LXXVIII, CF), toca-lhe o dever de dirigir o processo- de modo que alcance solução do litígio em prazo razoável. Tem o juiz, na condução do processo, o dever de interpretar a legislação processual civil em conformidade com os direitos fundamentais processuais, preferindo para solução dos casos o sentido legal que concretize de maneira ótima os direitos fundamentais. Cumpre-lhe ainda prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (arts. 80 e 772, CPC) e tentar conciliar as partes a qualquer tempo (arts. 334 e 359, CPC). MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 284.

Todavia, os caminhos não se cruzam em um único momento. Se avançarmos ainda mais no CPC, encontraremos outras regras que trarão o estabelecimento desta ponte que estamos revelando aos poucos. Uma delas, especificamente, chama a atenção, qual seja o Art. 515, que trata dos títulos executivos judiciais. Vejamos seus respectivos termos:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

II – A decisão homologatória de autocomposição judicial;

III – A decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

[...]

VII – A sentença arbitral. (grifo nosso).²⁹

Excetuamos a maior parte dos incisos considerando que não implicam em conexão com o desenvolvimento e escopo do raciocínio ora apresentado. Portanto, temos três ocasiões em que a autocomposição aparece intrinsecamente ligada à execução, posto que as decisões respectivamente homologadas e oriundas da utilização de métodos autocompositivos, constituem-se como títulos executivos judiciais³⁰. O terceiro exemplo é a sentença oriunda da arbitragem, outro método alternativo de extensa aplicação.

Falando da mediação unicamente, sabemos que é um meio no qual se prioriza o diálogo³¹ entre as partes. Dessa forma, temos a figura do mediador como um

²⁹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 515.

³⁰ Seja como for, a autocomposição pode realizar-se espontaneamente ou de forma conduzida, pelas técnicas da mediação ou da conciliação (CPC (LGL\2015\1656), arts. 139, V, e 165). Obtida a autocomposição no processo judicial, há resolução do mérito, cabendo ao juiz apenas homologá-la (CPC (LGL\2015\1656), art. 487, III, b). A autocomposição pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que o juiz deve homologá-la (CPC (LGL\2015\1656), art. 354, parágrafo único), prosseguindo o processo quanto à outra parcela. Estando a causa no tribunal, a autocomposição pode ser homologada por decisão do relator (CPC (LGL\2015\1656), art. 932, I) ou, até mesmo, por acórdão do tribunal. A sentença homologatória da transação (CPC (LGL\2015\1656), art. 487, III, b), a decisão do relator que homologa a transação (CPC (LGL\2015\1656), art. 932, I) e a decisão que homologa transação de parcela do processo (CPC (LGL\2015\1656), art. 354, parágrafo único) são de mérito, constituindo títulos executivos judiciais, a lastream um cumprimento da sentença, em caso de inadimplemento. CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 287, p. 531-552, jan. 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/38278750/A_abrang%C3%Aancia_objetiva_e_subjetiva_da_media%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 20 out. 2022.

³¹ Na vigência do conflito, é natural que as ações ou atitudes que desagradam sejam mal interpretadas. Esse distanciamento entre intenção e interpretação gera ruídos na comunicação e incompreensões de diversas naturezas. O fato de a mediação transcender à construção de acordos e dedicar-se, também, ao restauo da fluidez do diálogo e da relação social dá ensejo a que esses temas possam ser tratados e as questões, superadas. ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha. A mediação de conflitos em casos concretos. In: SÁLLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem*: curso básico para programas de graduação em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p. 254-282, 2019, p. 263.

facilitador, um terceiro imparcial que chama as partes para debates, respeitando sua autonomia e a vontade de buscar o consenso e a fluidez das conversas. O acordo, por sua vez, ainda que não identificado como o principal objetivo (diferentemente do que ocorre na conciliação³²), traduz-se em consequência de uma mediação bastante frutífera, funcionando inclusive como uma espécie de instrumento materializador da pacificação entre as partes em conflito.

A distinção trazida pela Lei, por sua vez, recai sobretudo se este acordo é fruto de sessões ocorridas de forma endoprocessual (como no caso das tentativas do magistrado que resultam em audiências de conciliação e mediação, ou seja, que ocorrem no processo) ou de maneira extrajudicial, na qual as partes, após celebração de acordo decidem, por questões de segurança jurídica, por exemplo, homologar judicialmente o pacto celebrado.

Na primeira hipótese, considerando que a mediação ocorrida resultou em acordo, tem-se título executivo judicial. Já no segundo caso, como a mediação e o respectivo pacto se deram fora do âmbito processual e da jurisdição, o resultado formalizado se constitui em título executivo extrajudicial. Por último, havendo a devida homologação do mútuo acordo externo ao processo, há a conversão deste em título executivo judicial (conforme a previsão da Lei n. 13.140/2015³³).

Não podemos nos olvidar de que o citado art. 515 inaugura no Novo CPC as disposições que tratam do cumprimento de sentença. Ora, conforme podemos notar pelo próprio *caput*, as hipóteses aqui estudadas serão objeto de execução de acordo com as regras inseridas no respectivo Título (do Cumprimento da Sentença). Trocando em miúdos, o pacto formalizado e resultado de audiências de mediação e que, porventura, não for devidamente cumprido por qualquer das partes,

³² Observa-se que o Novo Código Processual Civil regulamentou e diferenciou as atividades de conciliação e mediação, além de permitir a aplicação de outros métodos de solução consensual de conflitos, não trazendo apenas disposições principiológicas, mas diretrizes estruturais e procedimentais. A mediação possui grande semelhança com a conciliação, pois as partes interessadas utilizam uma terceira pessoa como intermediador para que se alcance a resolução do conflito. A grande diferença entre os institutos está no método: enquanto na mediação se busca trabalhar o conflito, tendo o acordo como consequência, na conciliação se pretende o efetivo acordo entre as partes. CAMBI, Eduardo; CORRALES, Eluane de Lima. Neoinstrumentalismo do processo? Expansão dos métodos atípicos de resoluções de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 83-106, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/32114>. Acesso em: 20 out. 2022.

³³ Por ser vista como pertinente, em atenção à cultura processual brasileira e com o intuito de atribuir maior efetividade ao resultado obtido, muitos mediadores formalizam eventuais acordos obtidos, a eles garantindo força de título executivo extrajudicial ou mesmo judicial (nesse caso, com homologação pelo Poder Judiciário). A Lei de Mediação brasileira concretiza a tendência de reduzir por escrito o encaminhamento final. Segundo o art. 20, o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial; quando ele é homologado judicialmente, constitui título executivo judicial (Lei n. 13.140/2015, art. 20, parágrafo único) (TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**, p. 225).

está sujeita à execução de acordo com os ditames do *Codex*. No item seguinte, iremos nos debruçar com mais profundidade, pois entendemos esta ser também uma nítida hipótese de incidência.

E já que estamos falando de incidências, certamente os pontos de encontro não se esgotam por aqui. Todavia, existem determinados assuntos que demandarão maior estudo e amplitude, o que será demonstrado no item seguinte. Conforme apresentamos na Introdução e no início deste subitem, nossa dúvida residia na possibilidade de aplicação da mediação quando também falamos de execução e, partindo desse ponto, já podemos apresentar nossa primeira conclusão.

Vimos, em um primeiro momento, que o magistrado tem como dever buscar a consensualidade através dos meios alternativos de solução conflituosa, a qualquer tempo. Em seguida, há o reconhecimento expresso do Código de Processo Civil de que os acordos firmados, sejam eles dentro ou fora da esfera processual, resultantes de autocomposição, constituem-se como títulos executivos judiciais (ou extrajudiciais, a depender do caso concreto).

Assim, tanto o nascedouro de um futuro pacto (como decorrência de audiências de mediação, por exemplo) como da mesma forma, o fomento das vias alternativas, respondem de maneira clarividente à nossa primeira indagação. A mediação no âmbito da execução é plenamente possível de ser aplicada, seja como dever, ou principalmente, como o devido respeito à autonomia e a vontade das partes envolvidas, haja vista que, sem esse requisito, não haveria o que se falar em autocomposição.

Superada essa primeira indagação, nosso caminho passará por um momento de suma importância, considerando que estamos nos aproximando do término. Vale ressaltar mais uma vez que desde o início afirmamos que o Direito passa por várias transformações ao longo do tempo. É justamente isso o que iremos testemunhar no item seguinte, posto que a mediação e a execução passarão a constituir uma única trilha. Partiremos, assim, para o estudo de algumas hipóteses de incidência que podemos identificar em decorrência da própria lógica e interpretação da Lei.

3. APLICAÇÃO: HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA

Conforme destacado, o intuito deste item é trazer a resposta à segunda pergunta formulada na gênese deste artigo: de que formas se apresentam as aplicações da mediação na execução. Precipualemente, faz-se necessário aclarar que as hipóteses a serem apresentadas compõem rol meramente exemplificativo e que decorrem, sobretudo, da interpretação do Novo CPC e do procedimento da mediação. Com isso, queremos dizer que novas formas de aplicação podem existir e devem ser estimuladas.

Feitas essas considerações iniciais, quatro serão os pontos de incidência nos quais iremos nos debruçar: mediação extrajudicial (vinculada ao processo autônomo de execução); mediação judicial (incidindo no interior de processo em curso e seus reflexos na execução); a relação da mediação para com os negócios jurídicos

processuais e suas incidências na execução e, por derradeiro, a possibilidade de aplicação quando falamos em Administração Pública.

Com relação ao primeiro caso, de certa forma fizemos um adiantamento no item anterior, considerando ser este também um ponto no qual mediação e execução se cruzam. A diferença de abordagem, todavia, incide na questão prática. Imaginemos que duas partes optem pela celebração de acordo após a realização da sessão de mediação (reconhecendo-se esta como o médio adequado de solução neste caso hipotético). Espera-se, evidentemente, que ambas cumpram com os termos que foram devidamente pactuados. Consideremos também, relacionando com o estudado previamente, que as partes não tenham homologado em juízo este mesmo acordo, mantendo-se como título executivo extrajudicial (devidamente referendado pelo mediador³⁴).

Ocorre que uma delas descumpre³⁵ o combinado, dando ensejo a um procedimento de execução forçada (art. 778, CPC/2015³⁶) do acordo. Temos aqui uma primeira incidência referente à execução resultante de pacto celebrado tendo a mediação como meio autocompositivo, mas que restou infrutífera em termos executórios. Esta problemática do descumprimento pode resultar de diversos motivos, indo de meras evasivas por parte do devedor, até mesmo uma má-formação do próprio acordo, resultando em um pacto deveras dispendioso para uma das partes.

É neste ponto que, a nosso ver, a mediação entraria em cena mais uma vez, com o condão de reunir as partes (dessa vez, inseridas no contexto processual da execução forçada) para rediscutirem os termos e as razões da sua posterior inviabilização³⁷.

³⁴ Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

IV – O instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

³⁵ No caso do descumprimento de um acordo resultante de método autocompositivo extrajudicial, à parte interessada caberá promover a ação judicial própria. Se o Termo de Acordo não preencher os requisitos de título executivo extrajudicial, caberá ação monitória (mantida, após idas e vindas, no art. 700 do NCPC), ou simplesmente ação ordinária (de cobrança, ou de obrigação de fazer ou não fazer). Por sua vez, se o Termo de Acordo preencher os requisitos de título executivo, caberá ação (autônoma) de execução. SILVEIRA, Bruna Braga da; MEGNA, Bruno Lopes. Autocomposição: causas de descumprimento e execução: um panorama sobre meios alternativos de solução de conflitos e o processo de execução no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 473-495, fev. 2017, p. 482. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/113362>. Acesso em: 20 out. 2022.

³⁶ Art. 778. Pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo.

³⁷ A outra hipótese de inviabilidade do acordo é a superveniência de situações que tornem impraticável o cumprimento do acordo. Em um acordo ideal, oriundo de um método bem escolhido, de técnicas corretamente aplicadas e compromissos assumidos de forma realista – o que inclui a previsão de regras de calibração –, será fácil solucionar essa nova situação com a repactuação do acordo, mediante a reaplicação das técnicas já usadas, agora para calibrar o acordo com vistas à nova realidade. Caso isso não tenha ocorrido, haverá aí uma nova oportunidade de se corrigir as falhas do acordo original, que, mais uma vez, com a aplicação adequada das técnicas, poderá trazer aquela experiência conflituosa de volta para um ponto de solução (SILVEIRA, Bruna Braga da; MEGNA, Bruno Lopes, op. cit., p. 481).

Trocando em miúdos, trata-se da realização de nova mediação, mas agora no inserida no percurso da execução forçada de acordos. Conforme vimos anteriormente, há total possibilidade de aplicação de meios autocompositivos quando falamos da execução, com dispositivos inaugurais do Novo CPC que evidenciam a abertura de novos caminhos para a consensualidade.

É necessário enfatizar, todavia, que esta tentativa de repactuação deve ser resultado da vontade das partes. Ademais, todos os outros princípios e pressupostos estudados anteriormente devem permanecer respeitados, como é o caso da isonomia, a cooperação e a imparcialidade do mediador. Vale acrescentar aqui a hipótese de um mediador que não se atenta a esse e aos demais princípios, por exemplo, pode ensejar a um pacto objeto de descumprimento futuro, por mais que possa compreender a tentativa – indo um pouco além da ideia da transação como consequência – de realização de acordos em mediação como algo natural³⁸.

Outro ponto previamente estudado também atesta a viabilidade desta incidência: a busca pelo consenso por parte dos juízes. Considerando que a via judicial acabou incidindo no vínculo entre os litigantes, entendemos ser essencial que o juiz tente promover essa reaproximação por meio do diálogo (já que é seu dever atuar em prol do consenso), principalmente levando-se em consideração que ambos os polos já se entenderam previamente. Novamente, notamos a utilidade de termos um sistema multiportas e cooperativo. Por derradeiro, não havendo concordância das partes em repactuar, há que se respeitar essa vontade de igual forma.

Dando continuidade, pensemos agora que o acordo/transação tenha ocorrido de maneira endoprocessual, isto é, no curso do processo. Conforme vimos anteriormente, caberá ao juiz homologar o respectivo termo do pacto, conferindo-lhe a qualidade de título executivo judicial. Além disso, tratando-se de autocomposição judicial, o Novo CPC foi além, permitindo, com base no art. 515, § 2º, o envolvimento de sujeito estranho ao processo e ainda versar sobre relação que não tenha sido deduzida em juízo, isto é, podem figurar pessoas (desde que configuradas como partes no acordo) e temas diversos³⁹.

³⁸ Nesse contexto, é quase impossível que o mediador não acabe formulando uma proposta de acordo, sobretudo para aproximar partes. Quer dizer, quando as cartas já estão em cima da mesa, parece que é bastante natural que o mediador realize também essa função, dado que é de temer que a espontaneidade das partes conduza a um novo enfrentamento que acabe por as afastar. Nessa situação, uma proposta de acordo pode fazer com que a mediação se conclua com sucesso. Se isso é assim, não há razão para evitar essa atuação. Mas, se isso sucede, é de concluir que o mediador ultrapassou os seus limites? Entendo que não, visto que na dinâmica da mediação não é absolutamente nada estranho que o mediador chegue a essa proposta de acordo. E não é por isso que se converte num conciliador ou, melhor dito, em algo diferente daquilo que começou por ser no início da sua função. NIEVA-FENOLL, Jordi. Mediação: uma “alternativa” razoável ao processo judicial? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 213-228, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14537>. Acesso em: 20 out. 2022.

³⁹ A decisão homologatória de autocomposição judicial, de que fala o art. 515, II, refere-se a negócio jurídico estabelecido entre as partes para pôr fim a processo pendente (art. 487, III). O acordo, todavia,

No exemplo anterior, tivemos a situação em que o acordo se deu fora do processo e, ocorrendo a execução forçada, o intuito foi de demonstrar a repactuação da transação por meio da mediação. Entendemos que a mesma lógica se aplica aqui. Vale ressaltar apenas que estamos pensando na hipótese de estarmos diante de decisão homologatória, a qual pode decorrer de uma mediação que resolveu total ou parcialmente (no primeiro caso, como leciona Humberto Theodoro Junior⁴⁰, estamos diante de decisão que formalmente é sentença, já na resolução parcial, seria a homologação por meio de decisão interlocutória).

Havendo eventual descumprimento do pactuado, a execução se dará por meio do cumprimento de sentença (art. 513 e seguintes do Novo CPC), e aquele que rompeu com o que fora previamente transacionado (um devedor, por exemplo) será intimado a cumprir o acordo no prazo de 15 dias (art. 523, *caput*). O CPC traz até mesmo a possibilidade de protesto da decisão homologatória (art. 517) caso o credor não opte pelo cumprimento da decisão por meio da execução, constituindo-se aqui uma via que, apesar de não ser consensual, materializa-se como alternativa⁴¹.

Considerando-se que nosso entendimento é no sentido de repactuação por meio da mediação, questão pertinente que se apresenta, seja no bojo do processo autônomo ou mesmo no caso da fase execução, é qual seria o momento da tentativa desta nova mediação. É claro que, partindo da autonomia das partes, pode o credor optar por nem tentar o novo diálogo (bem como a tentativa oriunda pelo juiz pode

não precisa limitar-se ao objeto do processo findante. Como explicita o § 2º do art. 515, a autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e, também, versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo. Numa ação de cobrança de aluguel, por exemplo, podem as partes entrar em acordo para alterar cláusulas do contrato locatício, ou podem ajustar a sua rescisão; ou numa ação renovatória podem, em lugar da prorrogação postulada, convencionar a cessão do contrato ou seu encerramento findo um determinado prazo. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.. v. 3. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 108.

⁴⁰ Note-se que o título executivo, na espécie, não é apenas a sentença propriamente dita. O art. 515, II, do NCP, fala em decisão homologatória de autocomposição, o que revela a possibilidade de se formá-lo tanto por meio de sentença como de decisão interlocutória. Justifica-se essa posição legislativa pelo fato de que a autocomposição pode ser total ou parcial e, nessa última hipótese, não por fim ao processo. Mas, naquilo que se definiu negocialmente, o conflito estará findo e a homologação, portanto, configurará decisão interlocutória relativa ao mérito, incluível na hipótese do inc. II do art. 515. Nesses casos de decisão homologatória de autocomposição judicial, o provimento jurisdicional apenas na forma pode ser considerado sentença, já que, na realidade, “o juiz que a profere não julga ou não decide se houve ou não acerto justo ou legal das partes”. Não decide, enfim, ele mesmo, o conflito de interesses (Ibidem, p. 107-108).

⁴¹ “o maior benefício que o credor pode obter ao se protestar a decisão judicial transitada em julgado é o que ele produz na prática, na vida cotidiana, e que nenhum título judicial poderia conseguir de forma tão eficiente e lúida que é o abalo do crédito do devedor. É que a partir do protesto do título o nome do devedor passa a ser inscrito nos serviços e cadastros de proteção ao crédito como Serasa, SPC etc., o que lhe causa enorme estorvo e complicações de seu crédito pessoal. Esse fato é que se torna deveras importante e eficiente para fazer que o se devedor sinta compelido e estimulado a adimplir a obrigação contida no título protestado” (Ibidem, p. 283).

se demonstrar frustrada), mas vamos manter o raciocínio no sentido de que há sim vontade de retomada da conversa.

Portanto, o momento apropriado para se requisitar é na própria petição que inaugura o procedimento autônomo de execução (valendo a mesma lógica quando tratamos do cumprimento de sentença – iniciando-se a fase de execução). Conforme lecionam Didier Júnior e demais autores, a autocomposição deve ser estimulada, podendo o próprio exequente pleitear a audiência de mediação na petição inicial⁴². Havendo, logicamente, o interesse do devedor em transigir novamente, não há razão para não se permitir a ocorrência de novas sessões que possibilitem repensar o acordo e se chegar ao consenso.

O que também importa salientar, especialmente no tocante à hipótese da mediação judicial, é que, havendo a homologação do acordo e a formação de título executivo judicial, estaremos diante também da coisa julgada, produzindo seus efeitos. Este novo acordo, por sua vez, deve tomar o cuidado de respeitar os termos da decisão; do contrário, estaria se operando uma revisão do próprio mérito. Dito isso, permanece cabível a incidência da mediação judicial, mas há que se tomar o devido cuidado com os reflexos perante a coisa julgada.

Consoante o disposto acima, pudemos identificar duas importantes hipóteses de incidência da mediação na execução, aliando os pontos de encontro, bem como a sistemática trazida pelo Novo CPC. Mas não iremos encerrar a caminhada por aqui. Existem mais duas hipóteses que nos chamam a atenção e acreditamos que seu estudo traz reflexões pertinentes.

Nosso próximo ponto de partida diz respeito à relação da mediação para com os negócios jurídicos processuais e suas implicações na execução. Para a devida efetivação das reflexões é necessário trazer à baila o art. 190 do Novo CPC, que traça as regras gerais para os negócios jurídicos, desde que os direitos envolvidos admitam a autocomposição:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente

⁴² No processo autônomo de execução, o executado é citado para cumprir a prestação de que é devedor – não para oferecer defesa ou para uma tentativa de conciliação ou de mediação. Nada impede, porém, que o exequente faça requerimento de designação de audiência de conciliação ou de mediação, nos termos do art. 319, VII, CPC. Além de tratar-se de ato processual perfeitamente compatível com o procedimento executivo (art. 771, par. único, CPC), essa interpretação se conforma ao princípio de estímulo pelo Estado à autocomposição (art. 3º, § 3º, CPC). Nesse caso, não havendo autocomposição, o prazo para cumprimento da prestação e o prazo para oferecimento de impugnação ou embargos à execução correrão nos termos do art. 335 do CPC, por aplicação subsidiária.

nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.⁴³

Vários são os pontos inovadores trazidos pelo dispositivo *supra*. A palavra-chave, todavia, é a autocomposição. Podendo as partes (desde que plenamente capazes) se reunirem, seja antes ou durante o curso do processo, e estando em comum acordo (com mais uma vez a figura da consensualidade insurgindo) é lícita a promoção de alterações nos procedimentos processuais, exceto nas hipóteses de nulidades e/ou abusividades.

Poder-se-ia questionar, naturalmente, se estas convenções alcançam também a fase de execução (ou ainda um futuro procedimento autônomo, nos casos de títulos extrajudiciais). Evidentemente que não há óbice algum. A mediação, sendo exemplo claro de modalidade autocompositiva, tem nítida incidência (e relação) neste caso, haja vista a possibilidade de acordo. Este, por sua vez, pode muito bem abranger cláusulas que determinem flexibilizações/alterações de procedimentos, inclusive quando falamos de execução.

Para deixar ainda mais clarividente a aplicação de negócios jurídicos na execução, apresentamos o entendimento de Sidnei Amendoeira Júnior:

O Código de Processo Civil de 2015, seguindo a mesma sistemática da codificação anterior, adotou a regra da disponibilidade da execução, consagrada expressamente no enunciado do art. 775: “O exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva.”

[...]

Assim, como fica claro, a execução é a parte do processo em que prevalecem os interesses das partes sobre os interesses públicos, sendo a execução muito mais afeita à autonomia de vontade das partes. A própria dinâmica executiva ao exigir a vontade da parte ao iniciar a execução (salvo raras exceções), dela desistir, escolher sobre quais bens exercer a penhora, ao indicá-los, decidir se irá levar o bem a alienação de forma particular ou pública, se irá adjudicar o bem penhorado ou se irá oferecer lance na sua alienação, mostram que aqui o NJP⁴⁴ tem campo fértil.⁴⁵

A fertilidade apontada pelo supramencionado autor não é nem um pouco latente. Pode tanto resolver questões (desde que respeitada a autonomia da vontade das partes, sempre importante frisar esse essencial e indissociável requisito) que

⁴³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, Seção 1, data da publicação: 17 mar. 2015, página 1, art. 190.

⁴⁴ O autor utiliza a sigla NJP para identificar os Negócios Jurídicos Processuais.

⁴⁵ AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. Negócios jurídicos processuais na execução. In: STEFANI, Marcos. ALMEIDA, Gregório Assagra de (coord.). **O Direito em épocas extraordinárias**. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 643-663, 2020, p. 650.

sejam prévias ao processo e mesmo durante o curso dele. A liberdade concedida pelo art. 190, tomando a autocomposição como base é certamente muito bem-vinda e demonstra, mais uma vez, o interesse do legislador em permitir a abertura de novas portas para o entendimento consensual.

Os exemplos de negócios jurídicos processuais são fartos, como apontado por Luísa Monteiro Chaloub⁴⁶, ao se utilizar do Enunciado n. 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁴⁷. Falando da execução especificamente, a autora aponta um dos casos mais comuns de sua utilização, como a celebração de pactos de impenhorabilidade, de remoção de efeito suspensivo de recurso e até mesmo a hipótese de pacto de não promoção de execução provisória.

Destes três exemplos, costumam se destacar os casos que envolvem a impenhorabilidade de bens ou mesmo a ordem em que deve se dar a penhora. Conforme os ensinamentos de Sofia Temer e Juliana Melazzi Andrade, “é possível cogitar, por exemplo, de alteração convencional da ordem preferencial da penhora (art. 835) para ajustar, [...], que a constrição recaia primeiramente sobre bens imóveis e, apenas após, sobre veículos”⁴⁸.

O que se objetiva apresentar aqui é que todo este rol exemplificativo pode muito bem se materializar em sessões de mediação. Este é o elo⁴⁹ entre o meio

⁴⁶ CHALOUB, Luísa Monteiro. O negócio jurídico processual na execução. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 161-176, set./dez. 2017, p. 172. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19_n4/revista19_n4_161.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

⁴⁷ “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si” (Ibidem, p. 172).

⁴⁸ TEMER, Sofia; ANDRADE, Juliana Melazzi. Convenções processuais na execução: modificação consensual das regras relativas à penhora, avaliação e expropriação de bens. In: MARCATO, Ana *et al.* (coord.). **Negócios processuais**. v. 1. Salvador: Juspodivm, p. 551-566, 2018, p. 558. Disponível em: https://www.academia.edu/35982345/Conven%C3%A7%C3%B5es_processuais_na_execu%C3%A7%C3%A3o_modifica%C3%A7%C3%A3o_consensual_das_regras_relativas_%C3%A0_penhora_avalua%C3%A7%C3%A3o_e_expropria%C3%A7%C3%A3o_de_bens. Acesso em: 20 out. 2022.

⁴⁹ Se esta regra procedimental for acordada, os mediandos, na própria sessão de mediação, poderão ajustar a impenhorabilidade de determinado bem ou a alteração da ordem de penhora, o rateio das custas processuais, a dispensa da audiência de mediação/conciliação em sede judicial, a forma de intimação ou comunicação, o foro de eleição, a escolha do Perito, o envio das petições protocoladas de parte a parte por e-mail etc. Acreditamos que o incremento dos negócios jurídicos processuais ampliará o leque de ferramentas da mediação extrajudicial, tornando-a ainda mais atrativa. Por mais que a finalidade da mediação seja o tratamento adequado do conflito e a decomposição dos elementos psicológicos/jurídicos em busca do consenso, é possível enxergar a ferramenta com lentes multidirecionais, a fim de permitir que os mediandos também possam, de forma compartilhada, customizar o futuro litígio. MAZOLLA, Marcelo. Qual a relação entre mediação extrajudicial, precedentes e negócios jurídicos processuais? **Portal Migalhas**, Ribeirão Preto, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/239654/qual-a-relacao-entre-mediacao-extrajudicial--precedentes-e-negocios-juridicos-processuais>. Acesso em: 20 out. 2022.

alternativo e os negócios jurídicos processuais (com o acréscimo das incidências na execução). A diferença do caso em estudo para com as demais hipóteses de incidência recai no fato de que, se pensarmos em um acordo prévio, estipulando regras procedimentais para uma execução futura e, utilizando-se da mediação como meio de resolução de conflitos, temos como legítimo instrumento viabilizador da própria execução.

Inclusive, pensando na lógica do Novo CPC, a mediação foi pensada para casos em que as partes já possuam vínculos conforme o outrora citado art. 165, § 3º (aqui incluídas também relações de parentesco e amizade, somadas à noção de continuidade). Muitos acordos e transações ocorrem entre particulares cotidianamente, e boa parte desses pactos produzirão reflexos na esfera jurídica, logo, indubitável a existência de mecanismos consensuais pautados pela conversa e os devidos acertos. Destarte, a relação entre mediação e os NJP novamente se apresenta com nitidez.

Chegamos agora em um ponto crucial, considerando que iremos trilhar nossos últimos passos nessa estrada que concilia mediação com execução. Falamos no parágrafo anterior da relação entre particulares, mas e quando temos o Poder Público em jogo? Cabe também falar em autocomposição? Tais perguntas já foram objeto de posições contrárias, especialmente no tocante ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Todavia, hodiernamente, sabemos que a Administração Pública não só pode, como também se utiliza dos meios adequados de solução de conflitos.

Em qual ponto, no entanto, se aplica a mediação? Isso já foi respondido no item I, ao explicitarmos o fomento à criação de câmaras de conciliação e mediação no âmbito da Administração. A diferença de abordagem, neste ponto do trabalho em específico, ocorre por conta de utilizarmos a Lei de Mediação e a própria lógica das hipóteses de incidência anteriores para deixarmos claro o quão benéfico é o uso da mediação para o Poder Público, inclusive no tocante à execução.

Precipuamente, a utilização dos meios consensuais envolvendo a Administração Pública (e aqui iremos nos ater aos casos que englobem particulares no outro polo) se dá, sobretudo, na esfera extrajudicial. A forma identificada pela Lei n. 13.140/2015, na resolução dos conflitos, acontece por meio das já citadas câmaras (as quais, no caso da mencionada legislação, receberão denominação de “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos” – art. 32, *caput*⁵⁰). Destarte, casos que envolvam particulares seriam discutidos no âmbito destas câmaras, desde que efetivamente em funcionamento. Na ausência das câmaras, mas havendo necessidade de mediação, serão adotadas as regras dos arts. 14 a 20 da lei em comento.

Em segundo lugar, ocorrendo mediação frutífera e alinhada ao interesse e vontade das partes em litígio, o acordo celebrado constituirá, naturalmente título

⁵⁰ Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: [...].

executivo extrajudicial (podendo ser homologado em juízo, tal como nos demais casos estudados). Ou seja, basicamente, boa parte da sistemática já vista no decorrer deste trabalho tem aplicação quando falamos de mediação na Administração Pública.

Ocorre que existem entendimentos divergentes, como é o caso de Elisa Berton Eidt⁵¹, a qual entende que a relação do particular com o Estado é impessoal, então a noção de aplicação de diálogos, de restauro destes e consensualidade trazidas pela mediação não teriam cabimento. Com o devido respeito a essa opinião, nos filiamos à ideia (também trazida pela autora⁵²) de que a ligação entre Estado e particular é, a bem da verdade, permanente (como exemplo claro o pagamento de impostos/tributos pelos cidadãos, e a entrega a estes – por parte do Poder Estatal – de contrapartidas que permitam aos particulares desempenharem suas funções).

Dessa forma, fica evidente que o Poder Público pode se valer da mediação para resolver conflitos com particulares (isto valendo para os casos que envolvem entes da própria Administração). Há que se tomar, todavia, o devido cuidado considerando que, para além da discussão da citada indisponibilidade, existem também pontos envolvendo a legalidade. Como exemplo, temos o art. 100 da Carta Magna, o qual determina que nas obrigações de pagar por parte da Fazenda, o pagamento em si seguirá a ordem cronológica de apresentação de precatórios. O próprio § 20 do mencionado dispositivo já prevê a possibilidade de acordos diretos⁵³ por meio de

⁵¹ O tratamento dado pela mediação, portanto, não condiz com a relação que o Estado tem com os indivíduos ou até mesmo com seus órgãos entre si. Trata-se de relações impessoais pautadas por mandamentos legais, nas quais a técnica do diálogo a fim de restaurar vínculos abalados por um conflito não ganha espaço de atuação. Neste contexto, pode-se falar em negociação, conciliação e arbitragem, sem excluir a hipótese de se empregarem técnicas da mediação a fim de que o resultado seja mais satisfativo (EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição, p. 121-122).

⁵² “No âmbito dos conflitos que envolvem o Poder Público, dentro de uma perspectiva que encare a relação entre Estado e sociedade de uma forma dinâmica e democrática, em que cidadãos podem e devem definir o formato e missões de seu Estado e este existe e se legitima na medida em que serve a seus cidadãos, não me parece possível desconsiderar que cada cidadão e cada ente privado (empresarial ou sem fins lucrativos) tem um relacionamento constante com o Estado, desde o nascimento até a sua morte. Note-se, ainda, tal como o relacionamento consanguíneo, este relacionamento somente se extingue em situações absolutamente excepcionais (tal como sucede na naturalização como nacional de outro país simultaneamente com a mudança de domicílio para outro país), de modo que é interesse de ambos os lados (o Estado depende do pagamento de tributos e cumprimento de outras obrigações pelos particulares para que ele próprio possa desempenhar suas obrigações, ao passo que o particular depende do Estado para o desempenho de funções que ele não tem condições de exercer de forma individual) manter este relacionamento saudável e produtivo. O mesmo se dá nos conflitos que envolvem diferentes entes públicos, cujas competências são complementares, devendo ser desempenhadas no interesse geral (SOUZA, Luciane Moessa de, Luciane Moessa de Souza Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75 *apud* EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição, p. 79).

⁵³ O credor *pode*, alternativamente, optar por realizar acordo com a Fazenda Pública perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado, desde que não haja qualquer recurso ou defesa judicial pendente, respeitados

Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios. Em suma, havendo procedimento específico em lei é necessária a sua observação.

O que falta aclarar é em que ponto a mediação serviria para resolver (ou principalmente prevenir) litígios relacionados com a execução. Primeiramente, a possibilidade de se ter um método adequado que privilegia o diálogo e o bom relacionamento dos envolvidos é por si só um fator essencial (e, repita-se, o objetivo é voltado às partes). O peso de muitos processos para o Estado importa não somente em alta onerosidade, mas também na demora da resolução conflituosa. Permitir que a consensualidade interfira (de modo positivo) não apenas significaria que estamos diante de uma boa administração estatal, mas, ao mesmo tempo, uma eficiente administração da própria justiça, considerando que o Poder Judiciário permanece abarrotado de processos.

Nesta senda, segundo os dados da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) trazidos por Salvo⁵⁴, ficou demonstrado que a maior parte dos conflitos submetidos à câmara no período de 2010 a 2015 (para a feitura de audiências de mediação) são oriundos de processos judiciais. Ou seja, além do uso extrajudicial conforme mencionado, a quantidade considerável de processos que envolvem a Administração acaba sendo a principal força motriz para as tentativas de resolução de conflitos.

Em termos de casuística, Salvo⁵⁵ apresenta que os principais exemplos de casos levados à solução alternativa são aqueles que versam sobre patrimônio público (compondo 60% do total), ativos financeiros (finanças, orçamento, tributos, 30%) e bens imóveis (28%). Fica claro que são hipóteses em que há conteúdo econômico expressivo, ou seja, quantidade considerável de dinheiro em discussão.

Situações evidentes são as execuções fiscais, casos nos quais o Estado se baseia em título executivo extrajudicial (as chamadas certidões de dívida ativa) e, ao instaurar o processo, visa cobrar dívidas (como tributos e multas) se utilizando, por exemplo, da penhora para satisfazer seu crédito. Ora, nós vimos que questões envolvendo a (im)penhorabilidade de bens podem ser objeto de acordos por meio de negócios jurídicos processuais (e estes também podem ser celebrados com o Poder Público⁵⁶).

os requisitos definidos na regulamentação editada pelo respectivo ente federado (CF, art. 100, § 20, incluído pela EC 94/2016) (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**, p. 362).

⁵⁴ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johansonm di. **Mediação na administração pública brasileira: o desenho institucional e procedimental**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 188.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 189.

⁵⁶ Não há vedação legal à celebração de negócios processuais pela Fazenda Pública. Nesse sentido, o enunciado 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”. No mesmo sentido, o enunciado 17 da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal: “A Fazenda Pública pode celebrar convenção processual, nos termos do art. 190 do CPC” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**, p. 718).

O que se pode questionar, nesse ponto, é se o crédito tributário poderia ser objeto de acordo (por meio da autocomposição). Isso decorre por causa da indisponibilidade do interesse público, abrangendo, em tese, o mencionado crédito. Não é esse o entendimento adotado neste trabalho. Conforme leciona Bruno Megna, “embora o interesse ao público seja indisponível, os bens públicos em si, notadamente os de caráter patrimonial, são disponíveis desde que observadas as condições legais”⁵⁷. Mesmo que houvesse indisponibilidade – impondo óbice aos pontos envolvendo o direito material –, isto não impossibilitaria a realização de negócios jurídicos processuais⁵⁸ (compatibilizando-se o raciocínio com a busca pelo consenso referente às normas processuais, bem como o aspecto cooperativo fomentado, sobretudo, pelo Novo CPC).

As partes (uma delas sendo a Fazenda, como credora) poderiam, citando-se o exemplo anterior, optar pela suspensão do processo e decidir, de forma extrajudicial e consensual, acerca da penhorabilidade de bens do devedor (vimos inclusive no item anterior o elo entre NJP e mediação, evidenciado o aspecto viabilizador de pactos que esta possui). Em suma, considerando a quantidade⁵⁹ de processos de execução fiscal em andamento, novamente notamos a mediação (e demais métodos adequados) como um meio de permitir que as partes discutam a melhor forma de resolver a contenda. Melhor ainda se antes da instauração do processo, for possível estabelecer o diálogo (aqui teríamos uma faceta da mediação como instrumento de prevenção da ação executória).

Um último ponto importante é dizer quem deveria, no âmbito da Administração Pública figurar como mediador. Considerando o disposto na Lei de Mediação

⁵⁷ MEGNA, Bruno Lopes. Consensualidade e processo tributário: atualização do estado da arte de acordo com o novo CPC e a Lei de Mediação. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio (coord.). **Repercussões do novo CPC**. Salvador: Juspodivm, p. 103-119, v. 16, 2017, p. 106.

⁵⁸ A indisponibilidade do interesse público não deve ser invocada como impedimento à celebração de negócio processual pela Fazenda Pública. É possível, até mesmo, haver negócios processuais para fortalecer situações jurídicas processuais do ente público. A indisponibilidade do direito material não implica necessária indisponibilidade do direito processual. Mesmo quando os interesses em disputa sejam indisponíveis, há margem para a celebração de convenções ou acordos processuais, por exemplo, a eleição de foro, a suspensão do processo, a dilação de prazos e a redistribuição do ônus da prova (CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit., p. 719).

⁵⁹ Aqui, é importante destacar que, de acordo com o levantamento realizado no relatório Justiça em Números 2015, são as execuções fiscais as principais responsáveis pelo alto congestionamento que acomete todas as instâncias judiciárias do país. Trata-se de ação que visa à cobrança de crédito em favor dos entes públicos, prevista na Lei n. 6.380, de 22 de setembro de 1980. Consta no relatório: “Os processos de execução de título extrajudicial fiscal são os grandes responsáveis pela morosidade dos processos de execução, tendo em vista que representam aproximadamente 75% do total de casos pendentes de execução, com taxa de congestionamento de 91%, sendo que esta taxa se repete tanto no âmbito da Justiça Federal, quanto da Justiça Estadual. Desconsiderando tais processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário seria reduzida de 71,4% para 62,8% no ano de 2014” (EIDT, Elisa Berton, **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição, p. 150).

em seu art. 32, as câmaras de resolução de conflitos são criadas na esfera da Advocacia Pública (Procuradorias, por exemplo). Destarte, fica subentendido que é o Advogado Público quem exerceria tal função. Entendemos correta esta intenção por parte do legislador, mas vale a ressalva de que o Procurador, em sua essência, defende os interesses do Estado. Logo, o ideal seria que aqueles que funcionarem como mediadores, o façam com dedicação exclusiva (não excluindo aqui as hipóteses de atuação em casos de conciliação e arbitragem). Para os mencionados processos envolvendo a execução fiscal, por exemplo, certamente a proatividade dos Advogados Públicos na busca da consensualidade renderia bons frutos⁶⁰.

Voltando à questão da exclusividade de atuação, o motivo é simples e já fora apresentado: entre os princípios que regem a mediação está a imparcialidade do mediador. Havendo terceiro que também atua em processos judiciais, com o fito de preservar os interesses estatais, essa confiança poderia ser colocada em discussão. Uma segunda saída cabível, especialmente para os locais onde ainda não tiverem sido instaladas as câmaras, é o credenciamento de mediadores⁶¹, tal como ocorre com os contadores que prestam serviços à Procuradoria (sobretudo durante a fase de execução nos processos cíveis).

Feitas estas considerações, eis que finalmente chegamos ao término de nossa trilha. Estudamos a incidência da mediação na execução por quatro pontos principais, culminando no entendimento de formas de aplicação tanto judicial, quanto extrajudicial, deixando claro que a consensualidade e o diálogo não só podem, como devem nortear as relações, mesmo que o litígio esteja em fase terminal ou ainda que envolva o Estado.

Se o objetivo do trabalho era responder aos questionamentos acerca da possibilidade e a respectiva aplicação da mediação, acreditamos que não restam dúvidas acerca do leque de opções (ou, melhor, portas) à disposição dos indivíduos e do Poder Público. Trocando em miúdos, uma última vez, só nos resta dizer

⁶⁰ Conforme citação de Elisa Eidt (**Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição, p. 151): “Não obstante a exigência de lei para a realização de transações, cabe à Advocacia Pública a análise de viabilidade quanto ajuizamento e quanto à desistência de execuções fiscais já em curso, tanto em razão do valor a ser perseguido quanto em relação à disponibilidade financeira do executado”. Coaduna com este entendimento a autora Luciane Moessa de Souza (apud EIDT, op. cit., p. 99): “A propositura de ações inúteis, sem verificar sequer se o devedor possui patrimônio, além de não trazer qualquer benefício ao erário, apenas desvia o advogado público das funções que são realmente relevantes, além de sobrecarregar o Judiciário inutilmente”.

⁶¹ Numa forma de garantir que estes profissionais sujeitos ao credenciamento sejam de fato capacitados, o ideal seria tomar base os requisitos preconizados no art. 11, *caput*, da Lei n. 13.140/2015, *in verbis*:

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

que sim, a mediação pode ser aplicada em sede de execução por meio de diversas hipóteses de incidência.

4. CONCLUSÃO

Afirmou-se no início deste trabalho que o Direito está em constante transformação. E mais: essa alteração decorre, em muitas das vezes, para atender aos desejos e anseios da sociedade, estando o legislador (como seu membro e representante também dessas vontades) em posição de importância. Com base nisso, apresentamos o sistema multiportas como exemplo nítido e edificante desse período em que se privilegia o entendimento entre os indivíduos em discussão.

A mediação aparece, portanto, como o meio adequado às partes para solucionar uma considerável gama de casos, antes mesmo de termos a materialização do litígio. Seu alcance, por sua vez, é indubitavelmente amplo, posto que, se de maneira diversa fosse, o próprio legislador teria entrado em contradição ao estimular a autocomposição a qualquer tempo. Reflexo possível, e importante frisar novamente, que se apresenta como consequência na própria diminuição de casos levados ao Judiciário. Destarte, o Novo CPC inovou de maneira muito acertada, somando-se com as regras inseridas na Lei de Mediação. Apesar de seu silêncio quanto aos métodos autocompositivos em sede de execução, conseguimos demonstrar várias hipóteses de incidências com muitas outras a serem descobertas.

Em decorrência dessa lógica, percebemos a importância que a mediação pode trazer para a resolução conflituosa mesmo após o advento de uma decisão judicial de mérito. Mais ainda, vimos que acordos podem servir como instrumento viabilizador de uma execução mais humanizada, nas quais as partes decidem questões procedimentais e moldam o litígio dentro de suas reais potencialidades e possibilidades (sem esquecer do devido respeito à coisa julgada). Vale a ressalva que devemos estar sempre atentos às questões que englobam a legalidade (condições legais) bem como discussões pertinentes ao campo da indisponibilidade para não transmitir a ideia de que tudo é permitido, sem a devida observância dos ditames legais.

Não obstante, fato é que o rol de hipóteses de cabimento apresentado só é possível por meio de uma justiça que contemple múltiplos caminhos e literalmente fomente a expansão de horizontes, proporcionando aos indivíduos a manutenção de suas relações (sejam particulares ou vinculadas ao Estado) de uma maneira não só mais inclusiva, mas também, transformativa. Outrossim, transformar pode ser entendido como executar as mudanças aptas a trazer mais conforto e segurança jurídica a todos envolvidos.

Enquanto existir a autonomia, a vontade de transigir e discutir, sempre haverá espaço para mediar os conflitos, independentemente da fase em que estiver o litígio. Esta sim é a consagração e a expressão de uma verdadeira justiça multiportas, bem como de um processo de fato colaborativo e ao mesmo tempo adequado às vontades das partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha. A mediação de conflitos em casos concretos. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programas de graduação em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p. 254-282, 2019.

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. Negócios jurídicos processuais na execução. In: STEFANI, Marcos; ALMEIDA, Gregório Assagra de (coord.). **O Direito em épocas extraordinárias**. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 643-663, 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, data da publicação: 17 mar. 2015, página 1, art. 139. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, data da publicação: 29 jun. 2015, p. 4. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, Seção 1, data da publicação: 17 mar. 2015, página 1.

CAMBI, Eduardo; CORRALES, Eluane de Lima. Neoinstrumentalismo do processo? Expansão dos métodos atípicos de resoluções de conflitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 83-106, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/32114>. Acesso em: 20 out. 2022.

CHALOUB, Luísa Monteiro. O negócio jurídico processual na execução. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 161-176, set./dez. 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19_n4/revista19_n4_161.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

COSTA, Maria Clara Pazin; ALMEIDA, Paloma da Silva. O modelo cooperativo de processo. In: STEFANI, Marcos; ALMEIDA, Gregório Assagra de (coord.). **O Direito em épocas extraordinárias**. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 567-588, 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 531-552, jan. 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/38278750/A_abrang%C3%AAncia_objetiva_e_subjetiva_da_media%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 20 out. 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (org.). **Curso de Direito Processual Civil**: execução. v. 5. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do Novo Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. 2016. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2016. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/4211>. Acesso em: 20 out. 2022.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programas de graduação em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p. 71-107, 2019.

MACEDO, Elaine Harzheim. Cidadania e dignidade humana na dimensão do processo: humanização do processo. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 256-275, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11422>. Acesso em: 20 out. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAZOLLA, Marcelo. Qual a relação entre mediação extrajudicial, precedentes e negócios jurídicos processuais? **Portal Migalhas**, Ribeirão Preto, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/239654/qual-a-relacao-entre-mediacao-extrajudicial--precedentes-e-negocios-juridicos-processuais>. Acesso em: 20 out. 2022.

MEGNA, Bruno Lopes. Consensualidade e processo tributário: atualização do estado da arte de acordo com o novo CPC e a Lei de Mediação. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio (coord.). **Repercussões do novo CPC**. Salvador: Juspodivm, p. 103-119, v. 16, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NIEVA-FENOLL, Jordi. Mediação: uma “alternativa” razoável ao processo judicial? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 213-228, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14537>. Acesso em: 20 out. 2022.

SALIM, Clara Araújo; SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Justiça multiportas: uma análise da mediação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 299, p. 451-468, jan. 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/168554>. Acesso em: 20 out. 2022.

SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johansom di. **Mediação na administração pública brasileira**: o desenho institucional e procedimental. São Paulo: Almedina, 2018.

SILVEIRA, Bruna Braga da; MEGNA, Bruno Lopes. Autocomposição: causas de descumprimento e execução: um panorama sobre meios alternativos de solução de conflitos e o processo de execução no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 473-495, fev. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/113362>. Acesso em: 20 out. 2022.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (org.). **Novas tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, p. 751-768, 2014. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/mediacao-no-novo-cpc-questionamentos-reflexivos>. Acesso em: 9 mar. 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEMER, Sofia; ANDRADE, Juliana Melazzi. Convenções processuais na execução: modificação consensual das regras relativas à penhora, avaliação e expropriação de bens. In: MARCATO, Ana *et al.* (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 1, p. 551-566. Disponível em: https://www.academia.edu/35982345/Conven%C3%A7%C3%B5es_processuais_na_execu%C3%A7%C3%A3o_modifica%C3%A7%C3%A3o_consensual_das_regras_relativas_%C3%A0_penhora_avalia%C3%A7%C3%A3o_e_expropria%C3%A7%C3%A3o_de_bens. Acesso em: 20 out. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

INTERPRETAÇÃO DEMOCRÁTICA E EXTENSIVA DO CONCEITO DE ENTIDADE DE CLASSE COMO LEGITIMADO ATIVO PARA PROPOR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Democratic and extensive interpretation of the concept of class entity as legitimate asset to propose direct actions of unconstitutionality

Tatiana Sarmento Leite Melamed¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Parte conceitual: premissas importantes para o desenvolvimento do raciocínio; 2.1. Constituição e processo constitucional; 2.2. Processo subjetivo e processo objetivo; 2.3. Controle de constitucionalidade e fundamento de existência; 2.4. Histórico do controle de constitucionalidade no Brasil; 2.5. Principal instrumento processual para realização do controle de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade; 2.5.1. Breves considerações; 2.5.2. Panorama geral da sistemática; 2.5.3. Legitimidade ativa; 2.6. Análise específica do conceito de entidade de classe de âmbito nacional como legitimado ativo; 3. Crítica ao sistema atual; 3.1. Crítica da doutrina constitucional; 3.2. Crítica processual; 3.2.1. O contraditório como instrumento do processo judicial viabilizador do debate democrático; 3.2.1.1. O contraditório; 3.2.1.2. O contraditório como instrumento democrático; 3.2.1.3. Restrição da legitimidade como restrição de acesso ao contraditório; 4. Proposta de extensão na interpretação do conceito de entidade de classe como legitimado ativo; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a viabilidade de adoção de uma interpretação extensiva do conceito de entidade de classe como legitimado ativo para propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de modo a abarcar também entidades de natureza política e social. A discussão passa pela análise histórica e ontológica do controle de constitucionalidade e seus instrumentos, do estudo de doutrina constitucional recente, que defende a adequação dessa nova interpretação à vontade constitucional, e, por fim, pelo estudo do processo constitucional como forma de realização da democracia e legitimação da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Legitimado Ativo. Entidade de Classe. Art. 103 da CF/88. Interpretação Extensiva.

ABSTRACT

This study aims to analyze the feasibility of adopting an extensive interpretation of the concept of class entity as an active legitimacy to propose direct actions of unconstitutionality to encompass political and social entities. We discuss the historical and ontological analysis of constitutionality control and its instruments, the recent constitutional doctrine — which defends the adequacy of this new interpretation of the constitutional will — and, finally, the constitutional process as a form of achieving democracy and legitimizing the counter-majority role of the Supreme Federal Court.

Keywords: Constitutionality Control. Active Legitimate. Class Entity. Article 103 of the CF/88. Extensive Interpretation.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, designada para atuação na Assistência de Arbitragens. Especialista em Processo Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objeto analisar como a interpretação restritiva conferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao conceito de entidade de classe de âmbito nacional, legitimado ativo para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI): a) representa limitação de acesso à jurisdição constitucional; b) favorece a manutenção de um sistema democrático disfuncional, que não preza pela representação de minorias; e c) afasta a utilização do processo constitucional como instrumento de realização de direitos.

A exposição se desenvolverá em três partes principais. Na primeira, a abordagem será conceitual e genérica, sem pretensão de exaustão, de modo a fixar premissas processuais importantes para o desenvolvimento do raciocínio que se pretende alcançar. Serão analisados os conceitos de Constituição, processo constitucional, processos objetivo e subjetivo, controle de constitucionalidade e fundamento de existência, histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, e o principal instrumento processual utilizado para realização do referido controle.

Na segunda parte do estudo será feita uma análise crítica especificamente quanto aos limites do conceito atribuído pelo STF à entidade de classe de âmbito nacional, como legitimado ativo para propor ações diretas de inconstitucionalidade. A discussão passa por entender o que significa a referida jurisprudência restritiva, que é limitadora de acesso à jurisdição constitucional, bem como mantenedora de um sistema político-jurídico de um Estado autoritário, anterior à redemocratização. Será explorada a doutrina constitucional que critica materialmente a posição restritiva do STF, bem como será proposta uma visão processual, que também autoriza a expansão do conceito de legitimado ativo.

Por fim, serão apresentadas as conclusões alcançadas por parte da doutrina constitucional recente na defesa da extensão do conceito do referido legitimado ativo, como melhor forma de realização da democracia, da função contramajoritária da Corte Constitucional, bem como da instrumentalidade do processo constitucional enquanto viabilizador de proteção dos direitos fundamentais e meio de qualificação do debate e alcance da razão pública.

2. PARTE CONCEITUAL: PREMISSAS IMPORTANTES PARA O DESENVOLVIMENTO DO RACIOCÍNIO

2.1. Constituição e processo constitucional

O processo é uma técnica de solução de conflitos, e sua sistematização metodológica foi desenvolvida ao longo do tempo, em conjunto com o amadurecimento das demandas sociais. Para além de seu aspecto puramente jurídico, isto é, instrumento eficiente para resguardo de direitos previstos na ordem jurídica, hoje se entende que o sistema processual precisa ser útil em face da sociedade.

Constituem conquistas das últimas décadas a perspectiva sociopolítica da ordem processual e a valorização dos meios alternativos. Segundo Cândido Dinamarco, o processo é um elemento de pacificação social, motivo pelo qual existe e se legitima na sociedade. Por sua vez, o escopo político do processo reflete na forma como concorre para a estabilidade das instituições políticas e para a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado.

Por outro lado, sendo a participação política um dos esteios do Estado democrático, as nações modernas têm consciência da importância de realçar os valores da cidadania – premissa essa que repercute no sistema processual mediante a implantação e estímulo a certos remédios destinados à participação política. A ação popular, como remédio processual-constitucional destinado ao zelo pelo patrimônio dos entes públicos e pela moralidade administrativa, mais a ação direta de inconstitucionalidade com que entidades representativas são admitidas ao controle da fidelidade da lei e atos normativos aos ditames da Constituição, constituem vias de legítima participação política integrantes do sistema processual [...].²

Não à toa, a ordem processual possui previsão na Constituição Federal, que é o documento/ato, no caso brasileiro, que recriou o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo sobre os direitos fundamentais e as finalidades a serem perseguidas pelo poder público.

O direito processual constitucional possui dois campos de atuação: a) a tutela constitucional do processo (princípios e garantias processuais regulamentadas na Constituição); e b) a jurisdição constitucional (instrumentos processuais previstos na própria Constituição para garantir a sua efetividade, como por exemplo a ação direta de inconstitucionalidade).

Portanto, segundo essa lógica, a jurisdição constitucional sofre influxos da tutela constitucional do processo, bem como da perspectiva sociopolítica, na qual a ordem processual é inserida. A efetividade do ordenamento jurídico, que é um dos escopos políticos do processo, no fundo é a própria efetividade da Constituição. Logo, o processo é um instrumento de realização da vontade constitucional – o que resta ainda mais latente na seara de jurisdição constitucional, em que a higidez da Constituição é diretamente questionada.

Nessa nova perspectiva política de atuação do processo é que devem ser desenvolvidos seus instrumentos de execução, repensados à luz da sua função pacificadora de conflitos, estabilizadora de instituições políticas e função democrática – como é a hipótese do alargamento do conceito de legitimado ativo para propor ações diretas de inconstitucionalidade.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 133-134.

Para entender melhor esse ponto, é importante ainda diferenciar os processos subjetivos dos objetivos, que é o universo onde se encontram as ações diretas.

2.2. Processo subjetivo e processo objetivo

O processo objetivo não deixa de ser uma técnica de solução de conflitos. Contudo, não é veiculado um litígio no sentido técnico-jurídico da palavra, em que há pretensões antagônicas de partes, cujo conflito de interesses deve ser solucionado por uma decisão judicial, que produza coisa julgada. Este é o esquema de funcionamento do processo subjetivo, cuja lógica de funcionamento é diferente, porque há um caso concreto subjacente à manifestação judicial.

Contudo, quando há conflito entre a própria lei ou ato normativo e a Constituição Federal, a tutela do ordenamento jurídico é realizada por meio de instrumentos que compõem o chamado processo objetivo.

Não há partes, porque não há tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais. A questão principal é a definição acerca da validade de uma lei e, conseqüentemente, sua permanência ou não no sistema jurídico³.

O corolário da natureza objetiva do processo é a indisponibilidade da ação direta (art. 5º da Lei nº 9.868/1999⁴). Via de regra, cabe a desistência nos processos comuns porque os direitos são disponíveis, mas como o objetivo das ações diretas é zelar pela supremacia da Constituição na ordem jurídica, o requerente não tem disponibilidade sobre esse exercício. Por isso, não cabe a desistência, bem como a legitimidade é aferida no momento de propositura da ação, não se extinguindo o processo caso deixe de existir em seu curso.

Por seu turno, se quem ocupa o polo passivo não se manifestar, não existe produção de efeitos da revelia, não há que falar na presunção de veracidade dos fatos na inicial, porque a questão em análise e questão a ser decidida é de ordem pública.

Por fim, não é admitida a intervenção de terceiros, porque seu pressuposto é o interesse jurídico na causa. Como esses processos possuem natureza objetiva, tutelando interesses públicos e não interesses subjetivos, então, não há interesse jurídico subjetivo na causa.

Todavia, o § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999 trouxe a figura específica do *amicus curiae*, cujo nome revela bem o papel desempenhado por ele na jurisdição constitucional. Essa introdução teve grande importância para o controle de

³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 154.

⁴ Art. 5º. Proposta a ação direta, não se admitirá desistência. (BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 nov. 1999.)

constitucionalidade brasileiro, pois antigamente só os legitimados atuavam, o que gerava uma distância entre a Corte e as classes envolvidas, sendo muito pouco democrático. Uma das suas funções com a introdução dessa figura é reduzir o déficit de legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

É importante abrir parênteses neste ponto específico porque, apesar das ações de natureza objetiva não admitirem, em regra, a intervenção de terceiros, o novo Código de Processo Civil, em seu art. 138 previu a figura do *amicus curiae* dentro do título relativo à intervenção de terceiros, o que sugere uma mudança de perspectiva.

De todo modo, apesar da previsão de figuras que mitiguem a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário no exercício de sua função contramajoritária, o problema continua existindo. Se o objetivo é aparelhar o órgão jurisdicional de instrumentos que legitimem sua atuação, o franco acesso do povo à Corte Constitucional é um desses mecanismos que qualifica o debate e atribui poder a ele, titular da Constituição, em influenciar na tomada de decisões.

Logo, os processos objetivos, além de possuírem função pacificadora de conflitos (normativos), também atraem os influxos da ordem jurídica do processo civil, assim como de sua ordem político-social, como vetores de pacificação, estabilização de instituições e realizadores da democracia.

2.3. Controle de constitucionalidade e fundamento de existência

O momento histórico do surgimento do controle de constitucionalidade é o caso *Marbury versus Madison*, em que a teoria do *judicial review legislation* ganha sua formatação em 1803. A Constituição Americana de 1787 não prevê expressamente o controle de constitucionalidade, ou seja, ela não atribui textualmente ao Judiciário o poder de declarar as leis inconstitucionais. Trata-se de uma lógica criada pela própria jurisprudência.

Na verdade, extraiu-se de duas cláusulas presentes no texto constitucional: a primeira é a cláusula da supremacia da Constituição (*supremacy clause*), que atribui a ela supremacia jurídica sobre as demais normas do ordenamento, o que reflete na prerrogativa de poder invalidar normas que a ela são contrárias. É dessa sistemática que resulta a invalidação de leis inconstitucionais, pois ou prevalece a Constituição e a lei é nula, ou prevalece a lei e, neste caso, aquela se esvazia.

A segunda cláusula é a rigidez constitucional. A premissa para que a Constituição seja suprema e rígida é que ela é fruto da vontade constituinte do povo, enquanto as leis são fruto da vontade dos representantes do povo. A principal diferença, na verdade, é de qualidade deliberativa. Nos momentos constitucionais, o povo participa diretamente do processo político, é um momento em que a sociedade reflete profundamente e discute sobre o futuro do desenvolvimento do Estado. Esse processo constituinte tem uma qualidade deliberativa maior, com maior participação popular. A diferença também se refere à qualidade do processo deliberativo.

Entende-se que o povo realiza um pré-compromisso constitucional, em um momento de racionalidade superior, de autorrestrição, ou seja, coloca direitos na Constituição para que ele, vítima das próprias fraquezas, não incorra na tentação de suprimir esses direitos futuramente.

O propósito básico do constitucionalismo é limitar o poder do Estado para proteger o indivíduo. É instituir um ente em que o poder político esteja limitado pelo direito, evitando o exercício abusivo contra os direitos fundamentais do indivíduo. E a forma articulada para garantir o Estado de Direito é assegurar a supremacia jurídica da Constituição sobre os atos dos poderes constituídos – leis, atos administrativos e decisões judiciais.

A atribuição da legitimidade ao Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade tem como fundamento sua capacidade institucional. A resolução do conflito entre normas jurídicas é inerente à função jurisdicional, no exercício da interpretação do Direito, conforme leciona Luís Roberto Barroso⁵. Esse é domínio típico de atuação do referido órgão. Assim, é ele quem tem competência de dizer se uma lei ou ato normativo conflita ou não com a Constituição, que é outra norma jurídica, mas hierarquicamente superior. O controle de constitucionalidade é um dos instrumentos do sistema constitucional dos freios e contrapesos. É um instrumento externo.

Sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive, negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento.⁶

A ideia da carência de legitimidade democrática do Judiciário para realizar controle de constitucionalidade é uma realidade, assim como o desenvolvimento de mecanismos que buscam superar a sua dificuldade contramajoritária.

De acordo com Luís Roberto Barroso⁷, no contexto atual em que é realidade a superação do modelo de democracia puramente representativa, são diversos os argumentos de legitimação da jurisdição constitucional.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**, p. 47, passim.

⁶ *Ibidem*.

⁷ “[...] busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado moderno; a jurisdição constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão [...]; juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais [...]; quanto mais a jurisdição constitucional assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo-se desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidade de alternância no poder e a participação adequada das

A imparcialidade inerente à judicatura, a forma de escolha dos membros e a viabilização de instrumentos que conferem acesso adequado dos diversos setores da sociedade ao processo de tomada de decisão em controle de constitucionalidade, garantem a fórmula que sustenta a legitimidade contramajoritária do Judiciário.

Além disso, há o desenvolvimento do conceito de razão pública⁸, segundo o qual, o Poder Judiciário, ao realizar o processo interpretativo por meio do controle de constitucionalidade, tem o dever de fundamentar suas decisões de forma racional, aberto ao diálogo e sem qualquer forma de interferência de cunho pessoal, partidário ou religioso. Explicando Rawls, Vinícius Bonfim e Flávio Pedron esclarecem o papel do Judiciário na aplicação da razão pública:

No caso de aplicação da razão pública pelo Judiciário, cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que sejam capazes, e os juízes não podem invocar a própria moralidade pessoal, nem os ideais e as virtudes da moralidade geral, nem suas doutrinas religiosas ou filosóficas, tampouco podem citar valores políticos de modo indiscriminado. Devem recorrer aos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública (RAWLS, 2005, p. 235). Observe o que o autor completa a respeito: “O papel do tribunal nisso é parte da publicidade da razão e constitui um aspecto do papel amplo, ou educativo, da razão pública” (RAWLS, 2005, p. 236, tradução nossa).⁹

Dentro desse espaço público de discussão, qualificado pelo contraditório e amplo acesso e atrelado à capacidade técnica do Poder Judiciário em realizar a interpretação normativa é que é possível realizar uma democracia mais participativa. Quando um dos elementos dessa equação é suprimido ou limitado – como por exemplo, a restrição de acesso ao ambiente público –, isto impacta na própria legitimação do Judiciário, como corte contramajoritária, e no fortalecimento do processo como mecanismo de realização democrática.

minorias no processo decisório, maior legitimidade é conferida à jurisdição constitucional” (Ibidem, p. 57, passim).

⁸ “Para Rawls, a razão pública é aquela dos cidadãos que compartilham o ideal da democracia que possibilita aos cidadãos manifestarem suas identidades e desejos na construção de direitos prioritários para a sociedade, ou seja, ela é a razão dos cidadãos que compartilham o status de igual cidadania” (BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 54, n. 214, p. 203-223, abr./jun. 2017. p. 212. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/54/214/riL_v54_n214_p203. Acesso em: 17 jun. 2021).

⁹ Ibidem, p. 214.

2.4. Histórico do controle de constitucionalidade no Brasil

No Império, apesar da existência de uma Constituição Imperial, não existia propriamente um controle de constitucionalidade, justamente porque as premissas de existência dessa forma de governo são contrárias à própria limitação do poder inerente ao exercício da jurisdição constitucional.

O controle de constitucionalidade foi instituído na primeira Constituição Republicana, em 1891, e o modelo norte-americano foi adotado, com a previsão de um controle difuso e incidental de constitucionalidade.

Em 1934, após a revolução com a entrada de Getúlio Vargas no poder, há um momento de estabilização democrática e é aprovada uma nova Constituição, com reforço do modelo brasileiro de constitucionalidade. A Constituição de 1934 trouxe inovações importantes no controle de constitucionalidade, dentre elas a criação da representação interventiva.

Com o advento do Estado Novo, a ordem política brasileira sofreu uma guinada autoritária e, dentre as previsões na Constituição de 1937, havia um dispositivo que autorizava o Legislativo a suspender a eficácia de decisões do STF que declarassem inconstitucionalidade de leis. Ocorre que, durante este período, o Legislativo ficou fechado. Logo, quem exercia essa função era Getúlio Vargas, monocraticamente.

Por meio da Constituição de 1946, o Brasil é redemocratizado, e, no essencial, o modelo de 1934 foi resgatado, sem maiores novidades.

Em 1964, é deflagrado o golpe militar e a Emenda Constitucional (EC) nº 16/1965 cria a chamada Representação de Inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade (ADI) genérica cabível em face de quaisquer atos normativos, diferentemente da representação interventiva.

Com a Constituição de 1967 e depois a EC nº 1/1969, que é considerada uma nova Constituição e não uma emenda, embora no plano formal tenham sido mantidos os direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade, na verdade eles eram instrumentos sem efetividade, pois o que regulava a ordem eram os atos institucionais.

A Constituição de 1988 fez a transição para democracia e, como é natural nesses momentos constitucionais, houve uma ênfase à proteção de direitos fundamentais e ao controle de constitucionalidade.

O modelo híbrido de controle de constitucionalidade que existia desde EC nº 16/1965 é mantido, mas com modificações essenciais, que faz que haja certa inversão do pêndulo. Até 1988, as grandes questões eram discutidas no STF por meio de recurso extraordinário, porque somente o PGR tinha legitimidade para propor ação direta. Apesar da existência de um modelo híbrido, na prática havia notável preponderância do modelo difuso e incidental sobre o concentrado.

A Constituição de 1988 estabelece condições de equilíbrio na utilização desses mecanismos, por meio do fortalecimento e conseqüente avanço do controle

abstrato e concentrado de constitucionalidade, que foi deflagrado principalmente com a ampliação do rol dos legitimados ativos para propositura da ação de controle abstrato de constitucionalidade.

2.5. Principal instrumento processual para realização do controle de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade

2.5.1. Breves considerações

No controle abstrato de constitucionalidade, a análise de um ato normativo é realizada em tese. O próprio pedido da ação é a declaração de inconstitucionalidade da norma (no caso da ADI).

A grande vantagem da jurisdição constitucional abstrata é que o julgamento de uma ação resolve milhares de outros conflitos. Há prestígio à celeridade processual, à efetividade do processo e à segurança jurídica, na medida em que é proferida uma decisão do Poder Judiciário, obrigatória para todas as pessoas que se encontram em igual situação. É um instrumento que traz previsibilidade.

Em razão de sua natureza objetiva, mas sem perder a qualidade processual, é temperada a aplicação de institutos processuais clássicos à ação direta de inconstitucionalidade.

Por outro lado, o controle abstrato apresenta problemas, sendo o principal relativo à questão democrática. O controle difuso, a princípio, é mais democrático porque a parte interessada é a que promove a ação, apresentando ao Judiciário seus argumentos. No controle abstrato, por outro lado, cabe somente a um dos legitimados previstos na Constituição levar a questão ao Tribunal, desencadeando perda democrática. À toda evidência, há mecanismos para tentar minimizar esse fator como o *amicus curiae*, audiências públicas, mas ainda há um prejuízo democrático.

E, nesse contexto de falha de representatividade, inerente ao próprio controle abstrato, surgem ainda limitações jurisprudenciais lideradas pelo próprio Supremo, no que concerne à interpretação dos legitimados ativos previstos no ordenamento jurídico – agravando ainda mais a funcionalidade do sistema e o papel da Corte como órgão contramajoritário.

2.5.2. Panorama geral da sistemática

O arcabouço normativo que regulamenta os principais instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade (ADI e ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade) tem como fundamento principal a Constituição Federal, em seu art. 103. Nota-se a preocupação do constituinte originário na construção do esqueleto jurídico mínimo para viabilizar o controle de leis perante a Corte Constitucional. A matéria é elevada a nível constitucional, justamente porque traça parâmetros, tanto materiais, como processuais, para garantia da própria supremacia da Constituição.

Posteriormente, em 1999, o legislador ordinário esmiuçou as regras sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, com a edição da Lei nº 9.868/1999.

O regime jurídico das referidas ações objetivas prevê competência privativa e originária do STF. Quanto ao legitimado passivo é importante esclarecer que não se alude à parte no sentido processual, porque não há pretensão subjetiva. O objetivo é a tutela da supremacia da constituição isoladamente considerada.

Desta forma, são legitimados passivos os órgãos ou autoridades que editaram o ato impugnado – e não o Advogado Geral da União (“AGU”). O AGU é um mero defensor ou curador da constitucionalidade e não ocupa o polo passivo.

Os legitimados ativos, por sua vez, estão elencados na Constituição Federal, no referido art. 103¹⁰.

Uma das grandes novidades na evolução do controle de constitucionalidade no Brasil é a ampliação do rol de legitimados. À luz da Constituição pretérita, apenas o Procurador Geral da República tinha legitimidade para propor a antiga Representação de Inconstitucionalidade, o que era prejudicial, porque restringia o acesso social ao controle concentrado. Além disso, ele não tinha independência no regime militar, logo, as questões contra o interesse do Governo, que são as mais importantes em ações diretas (o controle de constitucionalidade é um mecanismo de tutela do Estado de Direito, de limitação do poder do Estado), não chegavam ao STF.

A redemocratização do sistema, com a Constituição Federal de 1988, ampliou o rol de legitimados, aumentando a importância do controle abstrato como mecanismo de controle legislativo e realização do interesse das minorias.

2.5.3. Legitimidade ativa

Com fundamento na prerrogativa atribuída ao STF como intérprete constitucional, a Corte conferiu interpretação restritiva ao art. 103 da Constituição Federal,

¹⁰ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I – O Presidente da República;

II – A Mesa do Senado Federal;

III – A Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – O Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – O Procurador-Geral da República;

VII – O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – Partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.)

deflagrando limitações de acesso a alguns legitimados ativos – que não estão previstas no ordenamento jurídico, mas que tem origem jurisprudencial.

Em primeiro lugar, o STF diferenciou os legitimados universais dos legitimados especiais (ou não universais). Por meio da criação de um conceito de pertinência temática, o STF¹¹ sustenta que alguns legitimados elencados no ordenamento jurídico têm que demonstrar uma relação de afinidade entre suas finalidades institucionais e a questão constitucional em debate. Esse requisito institui uma espécie de interesse de agir necessário a alguns dos legitimados.

Os legitimados universais não precisam demonstrar essa pertinência temática. São autoridades que, por terem como função zelar pela supremacia da Constituição Federal, podem propor ADI em qualquer que seja o objeto da lei ou ato normativo impugnado.

São legitimados universais: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional.

No entendimento de Rodrigo Brandão e Daniel Capecchi Nunes¹², essa universalização da legitimação para as referidas autoridades teve como objetivo privilegiar os agentes vinculados, de alguma forma, à estrutura estatal:

As entidades de classe de âmbito nacional, que poderiam estar mais ligadas à sociedade civil, tiveram um papel coadjuvante. Nesse sentido, essa divisão de origem puramente jurisprudencial teve o condão de transformar o conteúdo normativo do art. 103 em algo mais próximo da visão que se tinha do sistema de controle sob a vigência da Constituição de 1969.

Por sua vez, são legitimados especiais (ou não universais), ou seja, aqueles que precisam demonstrar pertinência temática: a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 305**. Relator: Min. Maurício Corrêa, 22 de maio de 1991. Brasília, DF: STF, 1991.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1157**. Relator: Min. Celso de Mello, 1 de dezembro de 1994. Brasília, DF: STF, 1994a; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 138**. Relator: Min. Sydney Sanches, 14 de fevereiro de 1990. Brasília, DF: STF, 1990b; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 396**. Relator: Min. Paulo Brossard, 22 de novembro de 1990. Brasília, DF: STF, 1990a; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 893**. Relator: Min. Carlos Velloso, 21 de junho de 2022. Brasília, DF: STF, 2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.114**. Relator: Min. Ilmar Galvão, 31 de agosto de 1994b.

¹² BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as Entidades de Classe de Âmbito Nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 164-196, jan./mar. 2018, p. 175.

Uma vez pincelada a dinâmica de funcionamento das ações diretas e, como delimitado na introdução deste trabalho, o objeto de estudo será com relação à interpretação conferida pelo STF quanto à legitimação condicionada das entidades de classe de âmbito nacional.

2.6. Análise específica do conceito de entidade de classe de âmbito nacional como legitimado ativo

O STF entendeu que, além da pertinência temática entre a entidade de classe e a norma impugnada, o legitimado precisa representar um grupo que apresente homogeneidade de *interesses econômicos e/ou profissionais*. Não basta que seja uma entidade qualquer, com interesses sociais, como apontado por Rodrigo Brandão e Daniel Capecchi Nunes¹³:

Como fica explícito no voto do ministro, a participação de entidades da sociedade civil interessadas em tutelar direitos fundamentais pela via do controle abstrato e concentrado não estaria amparada pela interpretação constitucional da Corte. Por outro lado, entidades de cunho profissional e de relevância no setor econômico estariam autorizadas. [...]

Mesmo quando uma decisão é fundamentada com base em direitos fundamentais, trata-se, em regra, de uma interpretação corporativista do conteúdo dos direitos, tendente a proteger grupos já privilegiados na estrutura social.

Por sua vez, para aferir o caráter nacional da entidade de classe, o fundamento é a interpretação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que prevê que para o partido político ter caráter nacional, é necessária a representação em pelo menos nove Estados da Federação das cinco regiões do país.

A doutrina de Brandão e Nunes anteriormente mencionada critica a restrição interpretativa realizada pelo STF em relação à qualificação de entidade de classe como um grupo homogêneo econômico ou profissional. Entende-se que grupos sociais importantes são excluídos da legitimação (por exemplo, a União Nacional dos Estudantes – UNE¹⁴) sob o argumento que não compõem classe econômica e nem profissional.

A exclusão desses grupos é prejudicial para ampliação da agenda do STF. Isso é muito importante porque hoje há um paradoxo de legitimação da atuação do

¹³ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. **O STF e as Entidades de Classe de Âmbito Nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade**, p. 177,179.

¹⁴ No julgamento da ADI 894, em 18 nov. 1993, pela relatoria do Ministro Néri da Silveira, o STF entendeu que a UNE não teria legitimidade ativa para propor ADI porque não seria uma entidade de natureza profissional ou econômica, “entendendo-se ‘classe’ no sentido não de simples segmento social, de ‘classe social’, mas de ‘categoria profissional’ – não cabe reconhecer à UNE o enquadramento na regra constitucional aludida.

STF e sua prática. Quando é discutida a dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional, isto é, o problema democrático de juizes não eleitos poderem negar validade à lei editada por representantes eleitos pela maioria do povo, surge um problema democrático. A premissa autorizativa para a atuação contramajoritária do STF é a ideia de que democracia não é sinônimo de regra de maioria, e sim de participação do povo na tomada de decisões políticas.

O problema é que essa justificativa teórica não convence na prática. É que grupos não econômicos e não profissionais têm dificuldade de acesso ao STF. Além disso, a prática jurisprudencial da Corte revela um paradoxo, pois ela vem ampliando o requisito da pertinência temática e restringindo o conceito de grupos econômicos/profissionais – conforme será visto a seguir.

3. CRÍTICA AO SISTEMA ATUAL

3.1. Crítica da doutrina constitucional

Uma vez fixadas as premissas anteriormente aprofundadas acerca do fundamento de existência do controle de constitucionalidade, seu histórico de criação no contexto brasileiro e a importância do processo constitucional para o fortalecimento de um Estado Democrático de Direito, serão analisadas a seguir as críticas apontadas pela doutrina constitucionalista acerca das limitações de acesso à Corte Constitucional, bem como será proposta uma visão processual, que somada àquela, engrossa o esforço doutrinário em fundamentar a possibilidade de extensão do conceito.

Segundo a doutrina de Brandão e Nunes¹⁵, seriam três argumentos que sustentariam a restrição do conceito de entidade de classe a somente dois nichos sociais (profissional e econômico): a) argumentos textuais ou originalistas, baseados em uma suposta “vontade do constituinte”; b) argumentos fundados na sobrecarga de trabalho do STF; c) argumentos sobre o papel do controle de constitucionalidade e sobre a função institucional do STF no regime constitucional de 1988.

A interpretação textual da letra fria da Constituição com relação à expressão “classe” revelaria que a vontade “original” do constituinte seria a de restringir esse legitimado a grupos econômicos ou profissionais. Ocorre que esse argumento é contraditório com a própria vontade constitucional que, na Constituição Federal de 1988, expandiu o rol de legitimados habilitados a deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade. Inclusive, esse desejo de produzir um Estado mais permeável aos influxos da sociedade civil foi um dos principais propósitos do processo constituinte ocorrido no Brasil, que no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal fixou a soberania popular, como fonte legitimadora do poder.

¹⁵ BRANDÃO; NUNES, **O STF e as Entidades de Classe de Âmbito Nacional**: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade.

Por sua vez, o argumento fundado na sobrecarga de trabalho do STF é des-
construído pela referida doutrina com fundamento na contradição com o próprio pro-
cesso histórico de reformulação democrática do Poder Judiciário e do desenvolvimento
dos instrumentos processuais que regulamentam o acesso à Corte Constitucional.

É que, enquanto o STF, no processo histórico de criação da nova Consti-
tuição, se opunha à criação do STJ e à redução de suas próprias competências,
a atual jurisprudência constitucional tem reduzido o número de agentes legitimados a
acessar a Corte, mas aumentado as hipóteses nos quais os agentes autorizados podem
propor ações abstratas.

Como apontado pelo doutrinador, algumas decisões da Corte são menos
restritivas na aplicação do conceito jurisprudencial de pertinência temática dando-lhe
uma abertura semântica maior.

Um bom exemplo recente é o julgamento pelo STF do AgReg em ADI nº 3961,
em 7 de fevereiro de 2019, por maioria, que reconheceu a pertinência temática entre
a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e a Asso-
ciação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), e a discussão acerca da cons-
titucionalidade de norma que determinou que o julgamento das relações decorrentes
do contrato de transporte de cargas será sempre de competência da Justiça Comum.

A despeito da divergência, que entendeu que o fim institucional das referidas
associações não teria relação direta com o conteúdo material da norma impugnada,
a maioria do STF entendeu que a norma impacta a atuação direta dos magistrados e
procuradores associados, no exercício da jurisdição trabalhista.

No curso do julgamento, o Ministro Gilmar Mendes recordou a razão de
ser de criação do requisito da pertinência temática e propôs a reflexão sobre a possi-
bilidade de exclusão da referida exigência, por entender que a pertinência temática
evidencia o retorno da ideia do interesse como condição da ação em um processo
objetivo – o que, a rigor, não teria lógica com a natureza do referido processo, como já
apontado anteriormente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Na verdade, é bom pon-
tar que a pertinência temática faz, por uma via retórica, o retorno à ideia
do interesse como condição da ação em um processo objetivo. O que é
extravagante per se. É isso que precisa ser apontado. Se estamos diante de
um processo de índole objetiva, não faz sentido a questão da pertinência
temática. Mas é compreensível. O Tribunal o fez, em um dado momento,
tendo em vista um estado de necessidade, mas me parece que é o momento
de revisão disto.¹⁶

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.961 Distrito Federal**. Relator: Min. Roberto Barroso, 7 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753356563>. Acesso em: 18 maio 2023.

Essa observação do Ministro é um indício de que o STF começa a viver um momento diferente relativo à sua sobrecarga de trabalho – em especial em razão das soluções adotadas com a jurisprudência defensiva e com as alterações no sistema processual civil que estabelecerem requisitos normativos mais rígidos quanto ao acesso à Corte Constitucional, pela via recursal.

Brandão e Nunes propõem a inversão de sinais como solução para a sobrecarga de trabalho do Tribunal e a possível incongruência com a extensão do rol de legitimados ativos. Para ele, o Tribunal deveria ser mais rígido com os limites atribuídos à pertinência temática, bem como mais flexível com a interpretação acerca dos agentes autorizados a deflagrar a jurisdição constitucional abstrata.

Por outro lado, é possível evitar a sobrecarga do Tribunal com um maior número de agentes, em uma interpretação mais consoante com o texto constitucional acerca das entidades de classe, acompanhado por uma rígida delimitação das hipóteses em que as ações podem ser propostas. À título de ilustração, uma aplicação rígida da pertinência temática para um número maior de autores legitimados poderia, facilmente, resultar na diminuição do número de processos que chegam ao Tribunal [...]. Nesse sentido, *resulta claro que a sobrecarga de trabalho está muito mais relacionada com a excessiva abrangência das competências da Corte e com a dificuldade em utilizar-se de maneira efetiva dos institutos de restrição do acesso* como, por exemplo, a repercussão geral – que está relacionada com o controle concreto.¹⁷

Por fim, para o autor, o terceiro fundamento de existência da jurisprudência restritiva seria a inércia do Tribunal quanto à manutenção de um papel, por ele assumido historicamente, de corte árbitra de conflitos federativos, que não foi atualizado propriamente com a nova função realizadora de direitos fundamentais, atribuída pela Constituição Federal de 1988.

A concepção dominante no momento histórico de criação da ação direta era a de que ela não configuraria um instrumento de afirmação da cidadania, visto que o próprio STF não era encarado como um espaço de afirmação de direitos, mas como um “tribunal da federação”.

Contudo, com a redemocratização da sociedade brasileira, ao STF foi atribuída a guarda da Constituição (art. 102 da CFRB) que, como visto, é o ato político e jurídico que organiza e limita o poder político, dispõe sobre os direitos fundamentais e as finalidades a serem perseguidas pelo poder público. Desta forma, a Corte Constitucional passou a exercer importante função de guarda dos direitos fundamentais, que muitas vezes são restringidos em razão da disfuncionalidade da própria democracia representativa, tida como reflexo da vontade de maiorias ocasionais.

¹⁷ BRANDÃO; NUNES, **O STF e as Entidades de Classe de Âmbito Nacional**: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade, p. 187. Grifo nosso.

E é neste cenário que é autorizado o exercício da função contramajoritária pelo STF, como forma de realização da vontade constitucional na proteção dos direitos fundamentais.

Como apontado por Brandão e Nunes¹⁸, determinada pesquisa empreendida por Juliano Zaiden Benvindo e Alexandre Araújo Costa, cujos resultados foram publicados no artigo “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais”¹⁹, revela que a maior parte das decisões do STF, em matéria de controle abstrato de constitucionalidade, não diz respeito à defesa de direitos fundamentais de grupos minoritários ou à manutenção das regras do jogo democrático. Segundo o estudo, em sua maioria, a jurisprudência do STF aprecia questões que lhe foram submetidas por grupos econômicos e ou profissionais.

Logo, se o controle de constitucionalidade, inclusive em sua modalidade abstrata, tem a função de garantir a defesa dos direitos de grupos minoritários, a interpretação dos dispositivos que regulam seu acesso, no sentido de afastar tais grupos, está em franco desacordo com a visão democrática vigente.

Não é possível afirmar, de maneira coerente, que um dos elementos que justifica a chamada atuação contramajoritária do Tribunal é a proteção de minorias, ao mesmo tempo em que são criadas barreiras intransponíveis para que esse grupo tenha acesso a uma das mais relevantes esferas de jurisdição da Corte.

3.2. Crítica processual

No aspecto processual, a restrição de acesso à jurisdição constitucional representa, também, limitação ao devido processo legal, acesso à justiça e ao contraditório. Como anteriormente mencionado, o processo é entendido não só mais como um instrumento de solução de conflitos, mas também como mecanismo de realização da democracia.

O regramento das normas processuais foi desenvolvido, ao longo do tempo, para garantir a entrega de uma prestação jurisdicional adequada, por meio da criação de um ambiente capaz de atribuir paridade de armas às partes, onde os atos sejam realizados de forma racionalizada e pública.

É da natureza do processo criar um cenário em que o contraditório prevaleça e a resolução do conflito seja alcançada de forma qualificada pelo debate. Trata-se, nada mais, do que a conceituação de um ambiente democrático.

¹⁸ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. **O STF e as Entidades de Classe de Âmbito Nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade**, p. 182, *passim*.

¹⁹ COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais [Working paper]. Brasília, DF: UnB, p. 1-84, abr. 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541. Acesso em: 20 out. 2022.

À toda evidência, o ordenamento processual dispõe de instrumentos participativos que, muitas vezes, o próprio processo legislativo não tem.

O ambiente parlamentar brasileiro, de realização da vontade do poder constituído, possui composição majoritária e proporcional. E, é consenso, que essa forma de realização da democracia muitas vezes reproduz um ambiente de *tiranía da maioria*, onde vontades de minoria não são sequer veiculadas – por falta de espaço.

Alguns instrumentos foram criados para tornar o processo legislativo mais participativo, tais como as audiências públicas e a previsão de iniciativa popular para projeto de lei. Contudo, essas ferramentas são amenizadoras do problema existente acerca da representatividade.

A ampliação da interpretação conferida ao conceito de entidade de classe é importante para ampliar a participação da sociedade civil no ambiente de jurisdição constitucional. O Estado Democrático de Direito (art. 1º da CFRB) abarca a tutela de direitos das minorias, sob pena de revelar uma democracia disfuncional.

Muitas vezes as leis não retratam a vontade de minorias, podendo até mesmo prejudicá-las. Se não há representatividade no parlamento, deveria ser viabilizada outra forma de participação.

Logo, se a entidade de classe não preenche o requisito de acesso à Corte, cabe a ela buscar o auxílio de algum legitimado que esteja disposto a propor a ação – o que geralmente é feito por meio das associações partidárias, por possuírem mais proximidade com o povo do que os demais legitimados. E as possibilidades acabam se tornando cada vez mais restritas, uma vez que o partido precisa ter representação no Congresso Nacional (previsão constitucional no art. 103, VIII da CFRB) e o jogo político da maioria muitas vezes não permite o atendimento de demandas minoritárias, mas albergadas pela vontade constitucional.

E é neste momento de falta de representatividade que a jurisdição constitucional poderia assumir importância, veiculando o processo como mecanismo de participação democrática. À toda evidência, a jurisdição constitucional pode ser classificada como mais uma forma de realização da democracia participativa, conforme entendimento de Gustavo Binbenbojm²⁰:

Embora contramajoritário em relação à lei ordinária – de vez que pode vir a anulá-la – o papel da Corte Constitucional não pode ter a pecha de antidemocrático. Isto porque sua autoridade lhe é conferida pela vontade superior do povo, cristalizada nos princípios insculpidos na Constituição”
[...]

A missão do Tribunal Constitucional se projeta, assim, para além da mera função de legislador negativo, guardião da coerência sistêmica do

²⁰ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 81.

ordenamento jurídico. Seu papel é o de articular o debate público em torno dos princípios constitucionais, constringendo os agentes políticos a levá-los em conta no desenrolar do processo democrático.

Sem aprofundar o debate sobre o problema da representatividade do Poder Legislativo e, assumindo como premissa que essa é uma realidade na política brasileira, a proposta de expandir os instrumentos que amenizam esse déficit democrático passa também pela valorização do processo constitucional e a ampliação de seu acesso.

É da natureza das normas processuais organizar um sistema propício para o desenvolvimento de um ambiente apto a alcançar a solução justa de conflito. O processo conta com instrumentos próprios que possibilitam o desenvolvimento da racionalidade, asseguram direitos e garantem a entrega da tutela jurisdicional de forma legitimada.

Um desses mecanismos essenciais do processo é o contraditório, cujo papel como viabilizador do debate democrático será melhor analisado a seguir.

3.2.1. O contraditório como instrumento do processo judicial viabilizador do debate democrático

3.2.1.1. O contraditório

O contraditório é instrumento natural do processo judicial, viabilizador de uma discussão qualificada e capaz de influenciar o juiz na tomada de decisão resolutive do conflito.

Trata-se de garantia fundamental, assim como de valor constitucional a ser alcançado pelo processo. Além de previsão constitucional, o Código de Processo Civil (CPC) possui previsão nos arts. 9º e 10, logo em seu capítulo inicial que regulamenta as normas fundamentais do processo – o que já deflagra a importância desse instrumento para a mecânica processual e para o novo olhar atribuído ao processo, como exposto anteriormente.

O contraditório, tradicionalmente, era entendido por um binômio de informação e reação. Informação significa, nessa perspectiva, que o contraditório gera para as partes o direito de tomar conhecimento de atos e termos do processo. Reação, por sua vez, é o poder da parte de insurgência contra o ato do qual ela tomou conhecimento²¹.

Contudo, nos últimos anos a doutrina²² vem defendendo uma mudança no conceito de contraditório para que não seja mais encarado como mera formalidade no

²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

²² GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, p. 541-556, 2005.

processo. Defende-se a ideia do contraditório participativo, como um direito do jurisdicionado em influenciar a tomada de decisão do juiz. Como via de consequência, esse direito traz deveres para os juízes.

O art. 9º traz o dever de a parte ser ouvida antes de ser proferida uma decisão contrária aos seus interesses e o art. 10 traz o segundo dever decorrente do contraditório, que é a proibição do juiz decidir com base em fundamentos sem que as partes tenham se manifestado em relação a eles. Trata-se de decorrência do dever de cooperação, também previsto no art. 6º do CPC, segundo o qual todos os sujeitos do processo devem cooperar para a obtenção de uma solução final justa. Esse dever não é só das partes, é um dever que os demais sujeitos do processo também têm.

3.2.1.2. O contraditório como instrumento democrático

O processo objetivo constitucional não perde a natureza processual em razão da sua singularidade. À toda evidência, ele atrai a aplicação das regras e princípios constitucionais processuais, assim como das normas fundamentais do processo – dentre elas a observância do contraditório.

Em razão da sua especialidade, a dinâmica processual do contraditório prevista no CPC será aplicada às ações diretas, no que couber. E a ideia do contraditório como direito de influência é o principal instrumento que deve ser assegurado no processo.

A possibilidade de a) diálogo direto com o Poder Legislativo no momento processual de envio de informações acerca do ato normativo impugnado; b) debate jurídico com o órgão responsável pela defesa da norma impugnada; e c) troca de ideias com eventuais *amicus curiae* participante no processo é que materializa a dinâmica do contraditório no processo constitucional objetivo.

É por meio desta pluralidade de ideias, alinhada com a possibilidade de ampla defesa do argumento, que é desenvolvida a racionalidade pública perante o STF e que autoriza a realização do *judicial review*, como instrumento de realização da democracia.

O diálogo humano, expressado pelo contraditório, como mecanismo de influência e participação no processo é entendido por Leonardo Greco como projeção no processo do primado da dignidade humana²³:

Em síntese, o contraditório do nosso tempo nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade humana. Esse primado da dignidade humana impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja assegurado de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente a todos os interessados. Ora, não existe forma mais eficaz para isso, do que através da

²³ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório, p. 541-556.

instauração de um diálogo humano entre o juiz e os outros sujeitos principais do processo, autor, réu e eventuais terceiros intervenientes. O diálogo é o intercâmbio de ideias entre duas ou mais pessoas humanas a respeito de qualquer questão ou problema. No diálogo todos os interlocutores falam, ouvem, dizendo o que pensam e reagindo às opiniões dos outros, de tal modo que ao seu término cada um deles influiu nas ideias do outros e por elas foi também influenciado. A transformação do processo em instância de diálogo certamente exige um novo juiz, capaz não de apenas de ouvir, mas também de escutar e de falar. Nesse aspecto, ação e defesa têm o mesmo conteúdo, como instrumentos de participação.

O reconhecimento da competência e legitimidade democrática do Poder Judiciário para invalidar uma lei com fundamento em inconstitucionalidade não significa que as discussões políticas importantes foram retiradas do debate público e delegados aos juízes. Para Rodrigo Brandão²⁴, a tendência de democratização da jurisdição constitucional permitiu maior participação da sociedade civil nos mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Ao contrário, para além de as decisões judiciais se submeterem ao crivo da opinião pública, e ao correlato dever dos juízes fundamentarem as suas decisões à luz de uma compreensão dos elementos constitucionais essenciais compartilhada por cidadãos razoáveis, a tendência de democratização da jurisdição constitucional – que no Brasil se faz sentir através, v.g., do controle difuso de constitucionalidade, da ampliação do rol de legitimados ativos da ADIN, da introdução da figura do *amicus curiae* e das audiências públicas, etc. – permitiu maior participação da sociedade civil nos mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Tais circunstâncias, aliadas aos diversos mecanismos de freios e contrapesos existentes na Constituição de 1988 e aos limites textuais do documento constitucional, parecem confirmar a assertiva de Rawls de que ‘a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio de outros poderes, permitirá à Corte dizer o que ela é.’²⁵

Logo, uma vez expandido o rol de legitimados autorizados a propor ação direta, maior será a participação no processo, o que significa maior debate, maior quantidade e qualidade de argumentos levados ao STF, mais discussão e pluralidade de pontos de vista que chegam à Corte e, portanto, maior capacidade de influência na tomada de decisão. E isso nada mais é do que realização do contraditório,

²⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²⁵ *Ibidem*, p. 226-227.

que possui espaço natural de desenvolvimento no processo judicial e apto a dar voz à democracia.

3.2.1.3. Restrição da legitimidade como restrição de acesso ao contraditório

A participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da ideia de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos, com a participação dos sujeitos interessados.

Como bem apontado por Cândido Dinamarco²⁶, em qualquer sistema processual é valorizada a oferta de meios de participação aos litigantes, porque são eles os sujeitos mais aptos a fazê-lo em razão de conhecerem melhor os fatos e os meios de prova disponíveis em cada caso.

No processo objetivo não é diferente. Apesar de, a rigor, não existir litigantes, as partes envolvidas na discussão possuem melhores condições de apresentar ao Judiciário os argumentos e provas da inconstitucionalidade e o impacto negativo que determinada previsão legislativa possa ter naquele nicho social.

O cerceamento do acesso a determinado segmento da sociedade acaba por desqualificar o debate, seja porque determinadas questões constitucionais sequer podem alcançar o conhecimento do STF, seja porque, se alcançarem, serão por meio de outros legitimados que, se conseguirem comprovar a pertinência temática, não serão os sujeitos mais adequados a conhecer a discussão jurídica e seus impactos sociais.

Uma premissa importante a ser fixada é que o sistema processual possui diversos instrumentos que viabilizam o exercício do contraditório. O contraditório é um valor a ser alcançado no processo, assim como uma garantia do exercício das faculdades, ônus e deveres processuais.

Contudo, é preciso que a parte ingresse no cenário processual para realizar o contraditório. E, à medida que o STF restringe o acesso de parcelas sociais à jurisdição constitucional, a munição conferida pelo contraditório é prejudicada – o que reflete na qualidade do debate e nos argumentos que são levados ao Estado-juiz. E, portanto, afeta o contraditório como valor.

Como visto, ele é também um instrumento importante para a consecução de um processo mais democrático, valorizando o ambiente processual como essencial para melhor realização da vontade da Constituição.

Logo, fixada a importância do processo e de seus elementos, a restrição dos legitimados aptos a participar dessa dinâmica enfraquece o debate e, por via de consequência lógica, representa violação ao próprio contraditório.

Não é possível projetar a ideia de debate público e racionalidade pública do processo, se seu acesso é limitado ao próprio “público”. A existência da jurisdição

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, passim.

constitucional como instituição política tem, precisamente, a missão – que é, ao mesmo tempo, sua fonte de legitimação – de fazer que os problemas mais fundamentais, os conflitos mais profundos entre o indivíduo e a sociedade sejam expostos e debatidos como questões de princípio, e não definitivamente resolvidos na arena de disputas de poder²⁷. E esse escopo somente pode ser alcançado com uma maior abertura da jurisdição constitucional aos influxos sociais.

4. PROPOSTA DE EXTENSÃO NA INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE ENTIDADE DE CLASSE COMO LEGITIMADO ATIVO

A doutrina de Brandão e Nunes²⁸ deflagra a discussão sobre a possibilidade de revisitação do conceito de entidade de classe. É defendida uma abertura interpretativa para que o conceito não se restrinja a grupos econômicos e profissionais, abarcando também organizações sociais e políticas.

A interpretação restritiva para os referidos autores a) não tem qualquer fundamento direto no Texto Constitucional ou na vontade do constituinte; b) não resulta necessariamente em uma redução dos números processuais da Corte; e c) tampouco é a leitura mais consoante com os fundamentos democráticos da própria Carta.

De todo modo, ainda é defendida, por eles, a manutenção do requisito *a priori* da presença de filiados da entidade de classe em, pelo menos, nove estados, bem como a aplicação criteriosa do requisito da pertinência temática, que, segundo os autores, é um importante filtro para evitar uma crise numérica no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

É da essência do compromisso dilatatório da Constituição Federal que se resguarde gradualmente o amplo acesso da sociedade civil à jurisdição constitucional. Trata-se de um processo paulatino, deflagrado em momentos constitucionais determinados. E, o momento constitucional atual no Brasil, evidencia verdadeira crise de legitimidade, surgindo, inclusive, vozes²⁹ que defendem a criação de uma nova Constituição, porque o sistema político passou a tomar decisões fundamentais que não encontram esteio no próprio povo.

Logo, se a soberania popular é o fundamento de validade da Constituição, a restrição do acesso social ao órgão de cúpula, que é titular da guarda da Constituição (STF), representaria, no fundo, perda de legitimidade de atuação da própria Corte Constitucional.

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização, *passim*.

²⁸ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. **O STF e as entidades de classe de âmbito nacional**: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade, *passim*.

²⁹ ACKERMAN, Bruce. O Brasil precisa de uma nova Constituição. **Correio Braziliense**, Brasília, DF, 13 jul. 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/07/13/internas_opiniao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml. Acesso em: 20 out. 2022.

Por sua vez, a ampliação do acesso à Corte, por meio do processo constitucional e uso dos instrumentos processuais próprios, tal como o contraditório, qualificaria o debate e evidenciaria a razão pública, fundamento de validade do próprio *judicial review*.

O argumento de ampliação do conceito não passa somente pela desconstrução dos fundamentos que em tese autorizam sua restrição, mas também pelos argumentos que demandam sua aceitação.

É necessária a ampliação do acesso ao STF, de modo a tornar o debate mais democrático para que decisões como as que garantiram a união homoafetiva, as ações afirmativas, o aborto de fetos anencefálicos ou a pesquisa com células-tronco embrionárias deixem de ser tornar exceções. Desta forma, a própria legitimidade do STF também é sedimentada, em momentos constitucionais de tanta fragilidade como o que a sociedade brasileira está vivendo.

5. CONCLUSÃO

O contexto histórico de criação e desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, bem como o próprio fator de fundamentação de exercício desse poder pelo Judiciário e a visão da Constituição Federal como ato político, reflexo da soberania popular, cujo objeto é a organização do poder político, proteção de direitos fundamentais e estabelecimento de compromissos públicos, justificam a adoção de uma interpretação mais extensiva acerca do conceito de entidade de classe.

Como visto, não basta que existam fundamentos que autorizem esse alargamento dos legitimados ativos. Na verdade, é uma exigência do momento constitucional, pelo qual passa a democracia brasileira.

Atribuir legitimidade a grupos sociais e políticos da sociedade civil para que possam deflagrar a jurisdição constitucional abstrata representaria um avanço na maturidade do contexto democrático brasileiro, porque traz novos atores ao ambiente processual, bem como qualifica a jurisdição com atribuição de espaço à pluralidade no exercício do contraditório.

Franquear espaço para novos segmentos sociais participarem de ações diretas é, além de possível, necessário para realização de uma democracia mais participativa. Muitas vezes o ambiente legislativo não consegue revelar a vontade de grupos sociais, que também compõem o extrato social brasileiro, refletindo, ao final, vontade de majorias ocasionais. Essa disfuncionalidade é que autoriza a atuação do Poder Judiciário em sua função contramajoritária.

Independentemente das inúmeras críticas acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário para exercício do *judicial review*, o que se tem admitido como fator de fundamentação é que a) como é função típica desse órgão realizar a interpretação normativa, logo seria a entidade com maior capacidade para realizar o controle de constitucionalidade, pois é uma técnica que requer o uso da interpretação

constitucional para concluir pela validade ou invalidade de uma norma; b) além disso, o próprio povo, em previsão Constitucional, atribuiu ao STF a guarda da Constituição e, portanto, em última análise, atribuiu a ele a função de avaliar a compatibilidade do ordenamento jurídico com seus ditames.

Contudo, o exercício do controle de constitucionalidade não escapa da dinâmica de freios e contrapesos. É por meio do desenvolvimento de uma racionalidade pública, qualificada pelo debate e instrumentalizado pelo processo e pelo contraditório, que é possível realizar controle social das conclusões alcançadas pelo STF.

Esse controle, porém, só é permitido e alcançado em sua máxima potência quando de fato é permitido à sociedade civil entrar em cena e ocupar espaço na jurisdição constitucional, o que pode ser realizado de diversas formas, não excludentes, e dentre elas a ampliação na interpretação do rol de legitimados a deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. O Brasil precisa de uma nova Constituição. **Correio Braziliense**, Brasília, DF, 13 jul. 2020. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/opiniaio/2020/07/13/internas_opiniaio,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml. Acesso em: 20 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 54, n. 214, p. 203-223, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/54/214/ri/v54_n214_p203. Acesso em: 20 out. 2022.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 164-196, jan./mar. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 nov. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 396**. Relator: Min. Paulo Brossard, 22 de novembro de 1990. Brasília, DF: STF, 1990a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 893**. Relator: Min. Carlos Velloso, 21 de junho de 2022. Brasília, DF: STF, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1157**. Relator: Min. Celso de Mello, 1 de dezembro de 1994. Brasília, DF: STF, 1994a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.114**. Relator: Min. Ilmar Galvão, 31 de agosto de 1994. Brasília, DF: STF, 1994b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.961 Distrito Federal**. Relator: Min. Roberto Barroso, 7 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753356563>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 138**. Relator: Min. Sydney Sanches, 14 de fevereiro de 1990. Brasília, DF: STF, 1990b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 305**. Relator: Min. Maurício Corrêa, 22 de maio de 1991. Brasília, DF: STF, 1991.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais [Working paper]. Brasília, DF: UnB, abr. 2014. p. 1-84. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541. Acesso em: 20 out. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos de Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541-556.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FEDERALISMO E O ARTIGO 52, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA POSSIBILIDADE DE SUJEIÇÃO DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL À JUSTIÇA UNS DOS OUTROS

Federalism and Article 52, sole paragraph, of the Civil Procedure Code: a constitutional analysis of the possibility of subjecting States and the Federal District to each other's Justice

Talita Leixas Rangel¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Federação e federalismo judiciário; 3. Da (in)compatibilidade da norma contida no art. 52, parágrafo único, do Código de Processo Civil com o texto constitucional; 3.1. Violação aos arts. 18 e 125, § 1º, CRFB: necessidade de preservação da autonomia dos Estados e do Distrito Federal; 3.2. Violação ao art. 5º, LV, CFRB: inobservância do contraditório efetivo e do direito de defesa; 3.3. Violação ao art. 5º, CFRB: igualdade no processo e a relevância das prerrogativas da Fazenda Pública para a defesa do interesse público; 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de analisar a compatibilidade do artigo 52, parágrafo único, do Código de Processo Civil com a Constituição Federal, sob a perspectiva da autonomia de que gozam os entes regionais e dos princípios da igualdade e do devido processo legal. Ao final, conclui-se que a inovação pretendida pelo legislador processual civil se revela incompatível com o ordenamento constitucional vigente.

Palavras-chave: Competência. Federalismo. Autonomia. Prerrogativas da Fazenda Pública. Contraditório. Artigo 52 do Código de Processo Civil.

ABSTRACT

This study aims to analyze the compatibility of article 52, sole paragraph, of the Civil Procedure Code with the Federal Constitution from the perspective of autonomy enjoyed by regional entities and the principles of equality and due process of law. We concluded that the innovation the civil procedural legislator intended proves to be incompatible with the current constitutional order.

Keywords: Competence. Federalism. Autonomy. Prerogatives of the Public Treasury. Contradictory. Article 52 of the Code of Civil Procedure.

1. INTRODUÇÃO

A redemocratização do país, com o advento da Carta de 1988 e a consequente tendência de constitucionalização do direito, em razão do reconhecimento da supremacia da Constituição e do movimento do Neoconstitucionalismo, espalhou seus efeitos também para o campo do Direito Processual Civil.

¹ Procuradora do estado de São Paulo. Pós-graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE-SP).

A constitucionalização do Direito Processual, decerto, é uma realidade, seja sob a perspectiva da incorporação de normas processuais ao texto constitucional², seja pelo entendimento de que as disposições processuais infraconstitucionais concretizam e devem ser lidas à luz da Carta Maior³.

Não por acaso, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015, primeiro da história brasileira a ser elaborado por completo em tempos democráticos, remete, já em seu primeiro artigo, aos valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)⁴.

Trata-se de mudança bastante simbólica em relação ao Estatuto Processual anterior, de 1973, cuja primeira menção ao termo “Constituição da República” aparecia apenas no 93º artigo⁵.

Decerto, o legislador de 2015, atento à guinada principiológica do Direito brasileiro, se preocupou em estabelecer uma série de normas fundamentais do processo civil no bojo da própria codificação processual⁶.

Neste aspecto, interessante a comparação com o CPC/1973, que não continha uma parte geral com normas aplicáveis a todo o processo, ao passo que o CPC/2015, denotando uma preocupação sistematizadora, ostenta uma parte geral constitucionalmente harmonizada, veiculando normas fundamentais, seja sob um aspecto formal, seja sob um aspecto material⁷.

² Confira-se, a título de exemplo, as normas constantes dos incisos LIV a LVI do art. 5º da CRFB:

“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:

[...]

LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos [...].” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.)

³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento. 23. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 1, p. 67.

⁴ “Art. 1º. 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” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015).

⁵ Código de Processo Civil de 1973, art. 93. Regem a competência dos tribunais as normas da Constituição da República e de organização judiciária. A competência funcional dos juízes de primeiro grau é disciplinada neste Código.

⁶ Há que se ressaltar, contudo, que nem todas as normas fundamentais indicadas pelo legislador processual civil tem natureza de princípio (DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 102).

⁷ “São formalmente fundamentais as normas processuais que recebem expressamente essa designação pelo CPC/2015: é o caso das normas decorrentes nos arts. 1º a 12 do CPC. Por sua vez, são materialmente

Dentre elas se encontra a reprodução, no art. 3º, da garantia da inafastabilidade da jurisdição, insculpida no art. 5º, XXXV, da CFRB⁸.

Sem dúvida, cuida-se de previsão alinhada à preocupação democrática que guiou a elaboração do código, que tem, dentre um de seus principais objetivos, prestigiar o acesso à Justiça, a fim de assegurar a máxima efetividade da garantia contida no dispositivo constitucional supracitado.

Nesta toada, dentre várias outras inovações, inseriu-se no ordenamento processual brasileiro a possibilidade de demandar Estados e Distrito Federal perante órgãos jurisdicionais outros que não os por eles próprios organizados, desde que situados no Estado de domicílio do autor, na forma do art. 52, parágrafo único, CPC, sob o fundamento de que tal faculdade asseguraria aos administrados maior facilidade no acionamento dos entes públicos em juízo.

Ocorre que, não obstante o nobre motivo por trás da novidade legislativa, paira dúvida acerca da compatibilidade do conteúdo do art. 52, parágrafo único, CPC com a Constituição Federal, em especial no que se refere à autonomia política dos entes regionais.

2. FEDERAÇÃO E FEDERALISMO JUDICIÁRIO

A organização do Estado sob a forma federativa, surgida no Estados Unidos, foi adotada pela Constituição de 1988, por expressa previsão do art. 1º, e se caracteriza pelo reconhecimento de soberania apenas ao Estado Federal – que não se confunde com a União, ente federativo – como um todo, restando aos entes políticos internos o atributo da autonomia.

Desta característica decorre a descentralização político-administrativa do poder que marca o federalismo e que tem lastro na própria Constituição. Decerto,

Como no Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impõe-se a adoção de mecanismo que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos. A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim.⁹

Assim, os entes políticos – no federalismo brasileiro, União, Estados, Distrito Federal e Municípios – gozam da prerrogativa de atuar livremente no espaço que

fundamentais as normas que estruturam o modelo do processo civil brasileiro e servem de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento, p. 101).

⁸ Não obstante a relevância conferida ao acesso à jurisdição, é corrente na doutrina a afirmação de que o CPC/2015 consagrou o modelo de justiça multiportas, à luz do qual a resolução dos conflitos pode se dar por diversas vias, sejam elas jurisdicionais (como a Justiça estatal e a arbitragem) ou não (meios alternativos de solução de conflitos, como, por exemplo, a autocomposição) (Ibidem, p. 220-221).

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 909.

lhes é reservado, vedadas interferências externas de outro ente, exatamente porque o fazem por direito próprio, com fundamento direto na Constituição.

Nesta esteira, o âmbito de atuação de cada ente é delimitado por meio da repartição constitucional de competências legislativas, administrativas e também jurisdicionais¹⁰.

Embora menos explícita que as demais, a distribuição da atividade jurisdicional entre União e Estados consta da carta constitucional, e pode ser encarada sob duas vertentes: repartição vertical de competências entre União e Estados e Distrito Federal e repartição horizontal de competências entre os próprios Estados e Distrito Federal¹¹.

Trata-se de arranjo que busca assegurar a autonomia dos entes regionais, em relação ao ente total, e também quanto aos demais entes regionais.

Sob o aspecto vertical, as atribuições jurisdicionais da União, no que se refere ao processo civil, vêm enumeradas nos arts. 108 e 109 da Constituição¹², cabendo aos Estados competência para exercer jurisdição sobre as questões não expressamente

¹⁰ Excluídos, quanto a estas últimas, os municípios.

¹¹ LEONCY, Leo Ferreira; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Federalismo judiciário brasileiro e a impossibilidade de um Estado-membro submeter-se à competência jurisdicional de outro: uma análise dos arts. 46, § 5º, e 52, *caput* e parágrafo único, do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 267, p. 23-40, maio 2017. p. 26.

¹² Pela relevância para o escopo do trabalho, transcreve-se o art. 109, I a XI, e §§ 1º e 2º, da CRFB:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – As causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II – As causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III – As causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV – Os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V – Os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A – As causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

VI – Os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII – Os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII – Os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX – Os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

atribuídas à Justiça Federal, vigorando aqui o mesmo critério de residualidade utilizado no que tange às competências legislativas; assim,

Não existe um rol constitucional de causas da competência dos juízos estaduais de primeiro grau de jurisdição. Competem-lhes todas as causas não atribuídas pela Constituição Federal aos Tribunais de superposição ou a outra Justiça, nem incluídas pela Constituição estadual na competência originária dos tribunais estaduais. A competência dos juizes estaduais de primeiro grau resulta, portanto, de um critério duplamente residual.¹³

Na perspectiva horizontal, parte-se da premissa de que, sendo os poderes jurisdicionais projeção da autonomia dos Estados, a qual lhes reserva espaço de atuação imune a ingerências dos demais entes, o exercício da jurisdição “não pode e não deve extravasar os respectivos limites territoriais”¹⁴.

Daí se falar em princípio da aderência territorial, o qual restringe a atividade jurisdicional às fronteiras do ente que, no exercício da sua autonomia constitucional, teve a prerrogativa de instituir órgão investido de jurisdição.

É sob esse prisma que a norma contida no art. 52, parágrafo único, do CPC, tem sua constitucionalidade questionada, haja vista que permite a opção pelo foro do domicílio do autor quando o réu for o Estado ou o Distrito Federal, ainda que tal domicílio se localize fora dos limites territoriais do ente demandado.

Conforme identificado pela doutrina, “a intenção do legislador, ao instituir esse novo regime, foi aproximar o tratamento dos demais entes políticos àquele conferido pelo constituinte à União, segundo os §§ 1º e 2º do art. 109 da Constituição da República”¹⁵; todavia, essa nova regra de competência inserida no ordenamento processual parece conflitar com algumas disposições constitucionais.

X – Os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o “*exequatur*”, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI – A disputa sobre direitos indígenas.

§ 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

[...]” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 109.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1, p. 669.

¹⁴ SOKAL, Guilherme Jales. O novo CPC e o federalismo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 70, p. 134-160, 2016, p. 140.

¹⁵ *Ibidem*, p. 139.

3. DA (IN)COMPATIBILIDADE DA NORMA CONTIDA NO ART. 52, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM O TEXTO CONSTITUCIONAL

3.1. Violação aos arts. 18 e 125, § 1º, CRFB: necessidade de preservação da autonomia dos estados e do Distrito Federal

É da essência da ideia de Federação que as limitações à autonomia dos entes federados tenham sede na Constituição, pacto fundante do Estado¹⁶.

Destarte, sendo a repartição de competências entre os entes políticos uma forma de balizar o espectro de atuação legítima de cada um deles, inquestionável que as normas com tal conteúdo devem ter *status* constitucional, imunizadas às políticas do legislador ordinário.

Daí que, identificado que as atribuições atinentes ao exercício da jurisdição são projeções da autonomia dos entes, necessário concluir que as mesmas somente podem ser objeto de disposição no bojo da Carta Maior.

De fato, “[e]xcluída a competência das Justiças especiais, a separação das causas pertinentes à Justiça Federal e às locais atende a razões relacionadas com o regime federativo brasileiro (Const., art. 1º, 4º, 18 etc.)”¹⁷.

Conforme já exposto, a prerrogativa da autonomia, assegurada aos entes federativos pelo art. 18 da CRFB, existe para impedir ingerências dos membros da Federação sobre a esfera político-jurídica um dos outros, sendo, por tal motivo, alçada à categoria de cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, I, da CRFB, eis que pilar do pacto federativo.

Logo, não se pode cogitar sequer de norma constitucional oriunda do poder constituinte derivado que permita tais interferências¹⁸, muito menos de disposição infraconstitucional nesse sentido.

A submissão de um estado a julgamento perante o tribunal de outro importa, portanto, em inevitável sujeição de um ente autônomo a outro, haja vista a imperatividade da jurisdição, em claro vilipêndio do pacto federativo.

Ressalte-se que a possibilidade excepcional de os demais entes da Federação serem demandados perante a Justiça Federal, instituída e organizada pela União,

¹⁶ Conforme definido por Paulo Gustavo Gonet Branco, “a Federação gira em torno da Constituição Federal, que é seu fundamento jurídico e instrumento regulador” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 908).

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, p. 657.

¹⁸ Anote-se aqui o entendimento de que “as cláusulas pétreas não estabelecem a absoluta intangibilidade do bem constitucional por ela alcançado. Diz-se que, conquanto fique preservado o *núcleo essencial* dos bens constitucionais protegidos, isto é, desde que a essência do princípio permaneça intocada, elementos circunstanciais ligados ao bem tornado cláusula pétrea poderiam ser modificados ou suprimidos” (MENDES; BRANCO, op. cit., p. 122). A análise sobre a preservação do núcleo essencial protegido pela cláusula pétrea em face de determinada proposta de emenda à Constituição, portanto, deve ser feita caso a caso. Todavia, nos parece que a questão aqui sob análise afeta de forma tão intensa o pacto federativo e a autonomia dos entes regionais que o núcleo essencial do bem constitucional é atingido.

decorre de expressa manifestação do constituinte originário, no art. 109, I, o que não ocorre com relação aos Estados e justiças locais de outros entes estaduais.

Ainda, o descompasso entre o art. 52, parágrafo único, do CPC e a Constituição se revela sob o prisma do art. 125, da CRFB, que estabelece que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios constitucionais.

Ora, a previsão de organização de “sua” Justiça significa, certamente, um atributo vinculado ao poder de auto-organização dos Estados, indicando a deferência do constituinte ao princípio federativo e à autonomia dos entes, bem como à idêntica hierarquia de que gozam na República brasileira¹⁹.

Materialmente, trata-se de norma que reconhece aos Estados competência sob um aspecto organizacional, que importa na prerrogativa de definir “quantos e quais são os órgãos judiciais integrantes de uma determinada Justiça, além de sua distribuição pelo território estadual”²⁰, bem como sob um aspecto competencial, que permite estabelecer “quem será competente para cada uma das causas envolvendo os respectivos entes federativos, apresentadas aos órgãos que exercem jurisdição nesse mesmo âmbito, tanto em primeira como em segunda instância”²¹.

E o estabelecido no art. 52, parágrafo único, do CPC se revela em desarmonia com a vontade constitucional, eis que subtrai do legislador estadual a possibilidade de definir o órgão judicial que atuará nas demandas movidas em face dos respectivos entes federativos, as quais passarão a ser regidas pelas normas judiciárias da unidade federativa em que ajuizadas.

Ainda, a questão se mostra problemática sob o viés do direito administrativo. De fato, grande parte das relações jurídicas envolvendo a Fazenda Estadual tem por base normas editadas pelo legislativo local (direito de pessoal, tributário etc.).

Assim, ao permitir que lides decorrentes dessas relações sejam conhecidas e julgadas por órgãos pertencentes à estrutura de outros entes, abre-se caminho para que a interpretação e aplicação da norma estadual sejam realizadas por pessoa política diferente daquela que a gestou, criando-se um problema de ordem formal-normativa.

Vislumbra-se também risco também no ponto da gestão de precatórios, atividade de cunho administrativo.

Isso porque, caso a Fazenda seja condenada em obrigação de pagar, será a Presidência de Tribunal de Justiça de outro Estado o órgão responsável por conduzir o procedimento de pagamento, ameaçando a ordem cronológica que deve nortear a satisfação dos credores²².

¹⁹ SOKAL, Guilherme Jales. **O novo CPC e o federalismo**, p. 144.

²⁰ LEONCY, Leo Ferreira; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Federalismo judiciário brasileiro e a impossibilidade de um Estado-membro submeter-se à competência jurisdicional de outro: uma análise dos arts. 46, § 5º, e 52, caput e parágrafo único, do novo Código de Processo Civil**, p. 29.

²¹ *Ibidem*, p. 29.

²² Art. 100, CRFB. “Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de

Outrossim, iminente a possibilidade de, no caso de prolação de decisões mandamentais, criar-se um constrangimento institucional-federativo entre os entes envolvidos, decorrente da imposição de ordens por autoridade judiciária de um ente à autoridade administrativa de outro.

Por fim, sob um aspecto pragmático, impõe-se ao Judiciário local o conhecimento de legislação estranha aos limites de sua competência, o que pode resultar em “rompimento da conexão que há entre cultura e direito, porque todos os valores locais que informaram sua elaboração jamais serão captados com igual intensidade por intérprete inserido em contexto econômico, social, político e cultura diverso”²³, o que também potencializa o risco de prolação de decisões conflitantes sobre uma questão jurídica, haja vista que esta pode ser submetida a julgamento sob a perspectiva de 27 tribunais diferentes, na contramão da garantia constitucional da segurança jurídica.

3.2. Violação ao art. 5º, LV, CF/88: inobservância do contraditório efetivo e do direito de defesa

A garantia do contraditório tem assento no art. 5º, LV, da CF/88, que prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, e reflete, no âmbito do processo, o princípio democrático, eis que zela pela efetiva participação dos envolvidos na formação de vontade do Estado-juiz²⁴.

Decerto, em um Estado Democrático de Direito, a atuação estatal se mostra legítima na medida em que permite a efetiva participação dos administrados; transposta para o espectro da atividade jurisdicional do Estado, essa premissa faz concluir que o exercício da jurisdição somente se legitima quando verificado que foi conferida às partes ampla possibilidade de influenciar na formação do convencimento do magistrado.

Não basta, portanto, que seja respeitado o contraditório sob seu aspecto formal, que consiste no direito de ser notificado e de ser ouvido: há também que

apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

[...]

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 1988.

²³ SOKAL, Guilherme Jales. **O novo CPC e o federalismo**, p. 145.

²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual Civil, p. 122.

ser prestigiada a dimensão substancial da garantia, que assegura à parte o direito de influenciar a decisão do Estado-juiz.

Nesta senda, a possibilidade de efetivamente influenciar o convencimento do magistrado, participando de maneira substancial do processo, está intimamente relacionada a um critério geográfico, pois

Dentre muitos outros fatores, o direito de defesa depende da relativa proximidade entre o órgão jurisdicional competente e os litigantes que perante ele devem comparecer. Assim, submeter sobretudo o réu, por si ou representante, ao deslocamento excessivo de seu centro de interesses para apresentar defesa e praticar atos processuais significa apor um desvalor à sua participação no processo.²⁵

E tal garantia processual também é titularizada pelos entes políticos, a quem o ordenamento assegura direitos e garantias fundamentais de ordem procedimental²⁶.

A opção pelo foro de domicílio do autor, portanto, afasta a Fazenda Pública, quando ré, do órgão estatal que terá nas mãos o poder de lhe impor condenações, gerando para a Advocacia Pública estadual a tarefa de eventualmente se defender em 27 Tribunais de Justiça diferentes, de Norte a Sul do país, o que, na prática, se mostra irrealizável, haja vista as limitações estruturais, financeiras e de recursos humanos de que padecem as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal.

O legislador processual de 2015, no afã de aproximar o regime de competência territorial das ações em face dos estados e do Distrito Federal daquele estabelecido constitucionalmente para a União, além de negligenciar o necessário suporte constitucional de normas com tal conteúdo, não levou em consideração que, diferentemente da Advocacia Pública Federal, as Procuradorias estaduais e distrital não são nacionalmente estruturadas, o que invariavelmente distancia a defesa técnica do réu do órgão jurisdicional atuante, comprometendo o contraditório efetivo e o direito de defesa.

²⁵ SOKAL, Guilherme Jales. **O novo CPC e o federalismo**, p. 141.

²⁶ “Questão mais melindrosa diz com a possibilidade de pessoa jurídica de direito público vir a titularizar direitos fundamentais. Afinal, os direitos fundamentais nascem da intenção de garantir uma esfera de liberdade justamente em face dos Poderes Públicos.

Novamente, aqui, uma resposta negativa absoluta não conviria, até por força de alguns desdobramentos dos direitos fundamentais do ponto de vista da sua dimensão objetiva.

Tem-se admitido que as entidades estatais gozam de direitos do tipo procedimental. Essa lição de Hesse, que a ilustra citando o direito de ser ouvido em juízo e o direito ao juiz predeterminado por lei. A esses exemplos, poder-se-ia agregar o direito à igualdade de armas- que o STF afirmou ser prerrogativa, também da acusação pública, no processo penal, e o direito à ampla defesa” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 173).

Anote-se que a previsão do art. 75, § 4º, CPC²⁷, não é suficiente para afastar o problema anteriormente identificado. Decerto, trata-se de norma que deve ter aplicação excepcional, haja vista a exigência contida no art. 132 da Constituição, que impõe que a representação processual e a consultoria jurídica dos estados e do Distrito Federal sejam titularizadas pelos Procuradores das carreiras das *respectivas* unidades federadas.

Assim, o recurso ao convênio, que transfere a membros de Procuradorias de outro ente o exercício da representação processual da unidade federada, deve ser pontual e marcado pela excepcionalidade, o que resta descaracterizado pela utilização recorrente do ato conveniente para prática de atos de defesa em quaisquer processos que venham a ser ajuizados fora dos limites territoriais do ente político.

A utilização do convênio, nesse cenário, se torna praticamente imperativa, conflitando com a natureza voluntária do instrumento, pois

Pensar o convênio de cooperação como a única saída à disposição dos Estados capaz de contornar as consequências prejudiciais do art. 52, parágrafo único, do CPC/15 significa atribuir àquele um caráter *cogente*, *impositivo*, sem qualquer comportamento alternativo factível. E se é assim, a verdade é que o legislador federal criou, pura e simplesmente, um sistema em que os Estado *deverão* abrir mão de sua autonomia.²⁸

Ademais, não se pode olvidar os prováveis impactos negativos para os órgãos de Advocacia Pública dos entes envolvidos.

Por um lado, a Procuradoria à qual será transferido o encargo de realizar a defesa processual de todos os demais entes, no que se refere aos processos que tramitam nos limites de sua unidade, experimentará um aumento exponencial do volume de trabalho, sem qualquer contrapartida de estrutura e/ou recursos humanos, o que sem dúvida acabará por prejudicar sua atuação na melhor defesa dos interesses da unidade à qual está vinculada e em relação à qual exerce seu *mister* constitucional.

Por outro lado, os entes transferidores da atuação processual deixarão de ter ingerência sobre a tese e a estratégia processual a ser adotada nas demandas em que são parte, o que, sob mais um aspecto, diminui o atributo da autonomia das pessoas políticas envolvidas.

Neste particular, cumpre ainda ressaltar que, dentre as normas fundamentais sobre competência, se insere o princípio da competência adequada, segundo o qual “deve predominar o exercício da jurisdição daquele [juízo] que, no caso concreto,

²⁷ Art. 75, § 4º, CPC. “Os estados e o Distrito Federal poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias” (BRASIL, 2015).

²⁸ SOKAL, Guilherme Jales. **O novo CPC e o federalismo**, p. 143.

teria competência adequada para julgar a causa – por estar, por exemplo, mais próximo do local do fato ou por facilitar a defesa do réu etc.”²⁹

Trata-se, sem dúvidas, de desdobramento do devido processo legal, que demanda a existência de um processo adequado, o qual, “dentre outros atributos, é aquele que se desenvolve perante um juízo adequadamente competente”³⁰.

Esmiuçando o conceito, a doutrina identifica que

O ideal é trabalhar com a competência adequada a partir da definição da “melhor jurisdição”, na qual seja possível utilizar o direito material adequado e os instrumentos processuais que garantam a defesa e a efetividade da prestação jurisdicional.³¹

Ora, em demandas envolvendo majoritariamente a discussão sobre o alcance e aplicação de normas de direito estadual em face do Estado, cujo órgão de representação processual se encontra estruturado nos limites territoriais do próprio ente, parece intuitivo que a melhor jurisdição será exercida pela Justiça ali organizada.

Em arremate, há que se sublinhar que, regra geral, a competência para ações fundadas em direito pessoal é do foro do domicílio do réu, conforme enunciado no art. 46 do CPC³².

Assim, nota-se que o art. 52, parágrafo único, do CPC traz uma inversão da regra em prejuízo do demandado, nos casos em que este for o Estado, o que, além de representar violação ao direito de defesa nos termos acima abordados, vai de encontro à sistemática de prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública.

3.3. Violação ao art. 5º, CFRB: igualdade no processo e a relevância das prerrogativas da Fazenda Pública para a defesa do interesse público

O princípio da igualdade, enunciado no art. 5º da Constituição, encontra eco no art. 7º do CPC, que impõe tratamento paritário às partes no processo.

Isso não significa que os sujeitos processuais devem ser tratados de maneira substancialmente idêntica, mas, ao revés, que lhes seja assegurado regime que leve em conta suas peculiaridades, de forma a implementar a clássica noção de igualdade material, tratando de maneira desigual aqueles que se encontram em situação de desigualdade.

²⁹ BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 219, p. 13-41, maio 2013. p. 3.

³⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil, p. 263.

³¹ *Ibidem*, p. 263.

³² “Art. 46. A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu” (BRASIL, 2015).

Por essa razão há a constatação de que “o princípio da igualdade no processo costuma revelar-se com mais clareza nos casos em que se criam regras para tratamento diferenciado”³³, pois é nessas hipóteses de *discrimen* justificado que se revela o principal meio de nivelar as partes em desequilíbrio.

Será legítimo o critério de diferenciação quanto ao tratamento processual, portanto, na medida em que ele se revelar proporcional às peculiaridades da parte que ostenta uma situação significativamente diferenciada em relação às demais, a qual acaba por gerar um cenário de assimetria no processo.

Com esse lastro axiológico é que foram conferidas prerrogativas processuais à Fazenda Pública³⁴, as quais decorrem tanto de dificuldades estruturais dos órgãos de Advocacia Pública (volume de trabalho, falta de pessoal, dificuldade de acesso a subsídios internamente, em razão da burocracia inerente à Administração etc.) quanto do próprio regime jurídico das pessoas de direito público (presunções de que se reveste o ato administrativo, impossibilidade de expropriação de bens públicos, dentre outros).

Tais prerrogativas, além de implementar a igualdade material no processo, se destinam em última análise a proteger o interesse público e o erário, haja vista ser o Estado o “cliente” dos órgãos de Advocacia Pública.

E, embora não seja a Administração Pública a titular do interesse público ou sequer detenha exclusividade na sua persecução, os entes públicos são, por natureza, guardiões do interesse público e se encontram vinculados à sua realização³⁵.

Nesse contexto, é plenamente justificada a lógica de proteção da posição processual da Fazenda Pública, ao que vai de encontro a previsão do art. 52, parágrafo único, do CPC.

Decerto, impor aos estados e ao Distrito Federal que se defendam nos 27 Tribunais de Justiça do país cria uma dificuldade adicional para a atuação das Procuradorias dos Estados.

Além da distância geográfica, há fatores culturais que impactam a atuação e interpretação jurídica de formas diferentes em cada unidade da Federação, sem contar a necessidade de conhecer o regimento interno de cada Tribunal e de atuar em sistemas eletrônicos diversos.

A opção aberta ao autor de ajuizar ação contra qualquer estado em seu domicílio, portanto, agrava a situação de desigualdade que permeia a posição das Procuradorias dos Estados, em frontal desprestígio ao princípio da igualdade.

³³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual Civil, p. 143.

³⁴ Como bem observado pela doutrina, “não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios – consistem em vantagem sem fundamento, criando-se uma discriminação com situações de desvantagens”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 26.

³⁵ *Ibidem*, p. 25.

4. CONCLUSÃO

Conforme se buscou demonstrar neste trabalho, as disposições contidas no art. 52, parágrafo único, do Código de Processo Civil, têm caráter absolutamente inovador no Direito brasileiro, ao estabelecerem a possibilidade de os estados e o Distrito Federal serem demandados perante as Justiças uns dos outros.

Trata-se, inclusive, de inversão da regra geral de competência territorial para ações fundadas em direito pessoal prevista no art. 46, *caput*, do CPC, em detrimento do réu, o que, de antemão, já se revela contrário à lógica de atribuição de prerrogativas processuais à Fazenda Pública, que inspira o ordenamento processual civil pátrio.

Tais prerrogativas, como se procurou caracterizar, vêm no sentido de implementar o princípio da igualdade no bojo do processo judicial envolvendo entes públicos, tendo por objetivo tornar menos assimétrica a posição processual da Fazenda Pública, haja vista as dificuldades estruturais que permeiam a atuação da advocacia fazendária.

A nova regra de competência territorial para ações em que os estados ou o Distrito Federal sejam réus implica, ainda, em violação à garantia do contraditório efetivo, ao impor distâncias geográficas insuperáveis entre os órgãos de Advocacia Pública estaduais e distrital e os Tribunais possivelmente responsáveis pelo julgamento das demandas em que figurarem, haja vista não ser a advocacia dos entes regionais estruturada nacionalmente, como ocorre com a Advocacia Pública federal.

Por fim, a possibilidade de submeter um ente à condenação imposta pelo Judiciário de outro, sem que haja qualquer previsão constitucional nesse sentido – como se verifica no caso da Justiça Federal, para as hipóteses previstas nos arts. 106 e seguintes da CFRB – atenta contra a autonomia política dos membros da Federação, pilar da República brasileira.

O tema da compatibilidade do art. 52, parágrafo único, CPC, com a Constituição, portanto, se mostra de extrema relevância para a atuação dos órgãos de advocacia estadual e, por consequência, para a defesa do interesse público.

Tanto é assim que já foi levada ao Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.492, de autoria do Governador do Estado do Rio de Janeiro, na qual há parecer da Procuradoria Geral da República opinando pela inconstitucionalidade do dispositivo.

A definição da questão cabe agora ao STF, restando aguardar que a Corte se mostre sensível às inconsistências jurídicas que permeiam a norma contida no art. 52, parágrafo único, CPC, extirpando-a do ordenamento, por ser flagrantemente contrária ao bloco de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 219, p. 13-41, maio 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento. 23. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1.

LEONCY, Leo Ferreira; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Federalismo judiciário brasileiro e a impossibilidade de um Estado-membro submeter-se à competência jurisdicional de outro: uma análise dos arts. 46, § 5º, e 52, *caput* e parágrafo único, do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 267, p. 23-40, maio 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SOKAL, Guilherme Jales. O Novo CPC e o federalismo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 70, p. 134-160, 2016.

PROCESSO ESTRUTURAL COMO MÉTODO ADEQUADO PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADES E LIMITES

Structural injunctions as an adequate method to the judicial review of public policies: possibilities and limits

Renato Manente Corrêa¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Decisões estruturais (*structural injunctions*) e processo estrutural: origem histórica, conceitos e características; 2.1. Breve apanhado histórico; 2.2. Conceitos e características; 3. Tratamento processual adequado: possibilidades; 3.1. Da necessária flexibilização processual e procedimental; 3.2. Processo estrutural em duas fases; 3.2.1. Delimitando o problema estrutural e suas premissas iniciais; 3.2.2. Decisão estrutural na prática: implementando-se a reforma estrutural; 4. Discutindo limites e cautelas ao processo e às decisões estruturais; 5. Conclusão; Referências.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo apresentar, no contexto da doutrina dos processos estruturais, as possibilidades de tratamento processual dos litígios estruturais de que seja parte o Poder Público, especialmente os que digam respeito a políticas públicas, bem como discutir os limites e as cautelas que devem ser observados para que esta específica forma de tutela – pelo Poder Judiciário – seja legítima e não esvazie a dimensão democrática, social e política que subjaz à criação e à implementação de políticas públicas. Para tanto, serão apresentados, inicialmente, os aspectos essenciais do processo estrutural e das chamadas decisões estruturantes, para em seguida avaliarem-se as possibilidades de tratamento processual a estes litígios. Por fim, discutir-se-á a adoção do processo estrutural como método adequado à tutela destes conflitos, traçando-se limites e cautelas à sua plena aplicação.

Palavras-chave: Processo Estrutural. Políticas Públicas. Tutela Processual. Possibilidades. Limites.

ABSTRACT

This study aims to show, in the context of the doctrine of structural injunctions, the possibilities of procedural treatment of structural suits to which the Government is a party, especially those concerning public policies, as well as to discuss the limits and precautions which must be observed so this specific form of protection, by the Courts, is legitimate and does not deplete the democratic, social and political dimension that underlies the creation and implementation of public policies. Therefore, the essential aspects of the structural suit and the so-called structural injunctions will be initially presented, followed by an assessment of the possibilities for procedural remedies of these disputes. Finally, the adoption of the structural suit as an adequate method to address these conflicts will be discussed, drawing limits and precautions to its full application.

Keywords: Structural Injunction. Public Policies. Procedural Protection. Possibilities. Limits.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que a evolução histórica do direito processual até os dias presentes sinaliza a crescente preocupação de que o processo, como instrumento vocacionado à concretização do direito material, tenha a possibilidade de efetivamente produzir mudanças na realidade, em sintonia com o espírito constitucional que lhe deve animar.

Isso quer dizer que o processo, sob a perspectiva do chamado *neoprocessualismo* ou *formalismo-valorativo*, atual fase metodológica da ciência processual², deve estar afinado com a realidade dinâmica em meio a qual os direitos materiais se afirmam e se ressignificam, o que implica admitir, se preciso for, para a consecução da *tutela adequada*, que ele também seja capaz de repensar suas próprias categorias a partir de novas premissas fáticas e teóricas³.

Concretamente, essa evolução, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como pela profusão (ou incremento) de novas litigiosidades e ampliação do acesso à Justiça, pode ser percebida, entre nós, pela adoção de tutelas mais ou menos específicas para pacificar, pela via processual, não só conflitos individuais (mediante procedimento comum ou especial), mas também conflitos coletivos (tutela coletiva), conflitos massificados (tutela de casos repetitivos) e aqueles de índole constitucional (ampliação dos instrumentos de controle difuso e concreto de constitucionalidade).

Não obstante os avanços já conhecidos, mais recentemente, em especial nesta última década, têm chamado a atenção dos estudiosos no Brasil os chamados litígios estruturais, que, como ver-se-á de forma minudente a seguir, são litígios coletivos⁴ que se originam da violação sistemática de direitos perpetrada pela maneira “como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, opera”⁵.

Estes conflitos de carga estrutural, em geral, são complexos, pois põem “em rota de colisão múltiplos interesses sociais, todos dignos de tutela”⁶, e sua solução desafia uma reforma no funcionamento de “um ente, organização ou instituição”⁷.

² Nesse sentido, confira-se: DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 42-46.

³ Ibidem, p. 46.

⁴ Há certa controvérsia doutrinária sobre este aspecto, mas para os fins deste trabalho adotar-se-á a compreensão dos litígios estruturais no contexto dos litígios e processos coletivos.

⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 56.

⁶ DIDIER JR, Fredie *et al.* Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 426.

⁷ Ibidem, p. 426.

É o caso, por exemplo, de litígios relacionados ao modo como se estrutura o sistema carcerário no País ou mesmo os sistemas de saúde e educação.

O que se tem percebido, nesse contexto, é que estes conflitos, cada vez mais frequentes, sobretudo em realidades sociais como a brasileira, uma vez levados à arena judicial, não se encaixam bem nas estruturas processuais predominantes, que privilegiam a lógica adversarial e bipolar (autor/réu; lícito/ilícito; procedente/improcedente) e se arvoram em institutos de certo modo rígidos e tradicionais, tanto na fase de conhecimento, como na fase executiva, mostrando-se incapazes de efetivamente solucioná-los.

A singularidade destes conflitos tem originado a difusão de estudos mais aprofundados sobre como melhor tutelá-los pela via processual, e é justamente nesse contexto, voltando-se aos litígios estruturais de que sejam parte especificamente o Poder Público, em especial os que se relacionam a políticas públicas, que o objetivo deste trabalho é apresentar as possibilidades para seu tratamento processual, bem como discutir os limites e as cautelas que devem ser observados para que esta específica forma de tutela, pelo Poder Judiciário, seja legítima e não esvazie a dimensão democrática, social e política que subjaz à criação e à implementação de políticas públicas.

Para tanto, serão apresentados, inicialmente, os aspectos essenciais do processo estrutural e das chamadas decisões estruturantes, para em seguida avaliarem-se as possibilidades de tratamento processual a estes litígios. Por fim, discutir-se-á a adoção do processo estrutural como método adequado à tutela destes conflitos, traçando-se limites e cautelas à sua plena aplicação.

2. DECISÕES ESTRUTURAIS (*STRUCTURAL INJUNCTIONS*) E PROCESSO ESTRUTURAL: ORIGEM HISTÓRICA, CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

2.1. Breve apanhado histórico

Uma maneira interessante de compreender as decisões estruturais – e o modo pelos quais têm sido absorvidas na experiência nacional – é partindo de sua origem histórica; e, nesse sentido, parece haver certa convergência na literatura especializada⁸ que a noção de decisões estruturais (e consequentemente de processo estrutural) surgiu nos Estados Unidos, sobretudo no período compreendido entre as décadas de 1950 a 1970.

⁸ Nesse sentido, confira-se: VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**, p. 74-76; DIDIER, JR, Fredie et al. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**, p. 424-425; PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *op. cit.*, p. 91-145; MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. Salvador: Juspodivm, 2021; e outros.

Como outras criações típicas do sistema de Justiça norte-americano, desenvolveram-se não como uma espécie de categoria jurídica abstratamente prevista em lei, mas como fruto da práxis judiciária ativa, em resposta à *crise de satisfação* que pairava sobre determinadas decisões judiciais, especialmente aquelas cujo cumprimento implicava alterações profundas no modo como se estruturava uma política pública, um serviço público ou uma instituição.

É frequentemente reconhecido como emblemático de seu desenvolvimento o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954, uma ação coletiva na qual a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou, por unanimidade, que a segregação racial nas escolas públicas americanas violava a Seção I da 14ª Emenda Constitucional, com o que determinou – neste primeiro momento de forma genérica – a adoção das medidas necessárias para pôr fim ao então vigente sistema nacional de ensino, subdividido em escolas para brancos e escolas para negros⁹.

A decisão é um marco histórico porque, além de impulsionar movimentos sociais por direitos civis entre 1950 e 1960, deu início à derruição da doutrina do *separate but equal*, reconhecida como constitucional pela mesma Corte, no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson* (1896), e pela qual se admitira a segregação entre negros e brancos, desde que fossem garantidos direitos iguais.

As decisões estruturais, contudo, como lembra Owen Fiss, nasceram efetivamente em momento posterior. Isto é, da necessidade dos juízes locais, por delegação da Corte Suprema, de fazerem implementar o comando genérico estabelecido na decisão de 1954, “impondo a transformação do sistema nacional de ensino dividido em dois – uma escola para negros e uma escola para brancos – em um sistema unitário não racial”¹⁰⁻¹¹. Nesse contexto, aponta Vitorelli, inspirando-se em Fiss, “os juízes inferiores começaram a criar, por conta própria, modos de implementar essa decisão, voltando-se para o uso de *injunctions*, ordens judiciais que estabelecem obrigações de fazer ou não fazer” e que serviram, prossegue, como “o principal instrumento para determinar que os servidores públicos encarregados da organização escolar

⁹ DUGNAN, Brian. “Brown v. Board of Education of Topeka”. *Encyclopedia Britannica*, 10 May. 2020. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Brown-v-Board-of-Education-of-Topeka>. Acesso em: 5 jun. 2021.

¹⁰ FISS, Owen. To make the constitution a living truth – Four lectures on the structure injunctions. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 31, tradução livre.

¹¹ As transformações eram inúmeras, conforme assinala Fiss: “It required new procedures for the assignment of students; new criteria for the construction of schools; reassignment of faculty; revision of the transportation systems to accommodate new routes and new distances; reallocation of resources among schools and among new activities; curriculum modification; increased appropriations; revision of interscholastic sports schedules; new information systems for monitoring the performance of the organization; and more”. FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term, foreword: forms of Justice. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979, p. 2-3. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 20 out. 2022.

adotassem comportamentos tendentes à dessegregação, em meio à forte resistência política e popular em algumas localidades”¹².

Essas decisões traduziram uma postura mais ativa do Poder Judiciário local, que delas se valeram para promover, de forma sucessiva e dialogada, uma verdadeira reforma estrutural no sistema de ensino público daquele País. Tamanho foi seu impacto que decisões similares passaram, ao longo dos anos, a ser “empregadas para reformar hospitais, delegacias de polícia, programas de habitação e prisões”¹³.

É nesse contexto que Fiss, em trabalho publicado em 1979, tido como uma primeira investida para dar tratamento teórico ao tema, passou a afirmar que “os processos estruturais são aqueles em que um juiz, confrontando a burocracia do Estado com valores de dimensão constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização a fim de eliminar a ameaça a esses valores decorrente dos arranjos institucionais vigentes”¹⁴, sendo a *injunction*¹⁵ o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas”. Fiss parte da premissa de que “a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas”¹⁶.

Analisando-se o contexto em que nasceram essas decisões (e o processo em meio a qual elas são proferidas), não é difícil concluir que a elas precede, portanto, um problema ou conflito de carga estrutural, relacionado frequentemente a uma violação generalizada de direitos constitucionalmente assegurados, perpetrada pelo modo de funcionamento de uma determinada estrutura burocrática. Dada a incapacidade ou omissão dos envolvidos em solucioná-los a contento, são levados à arena judicial, onde se espera seja finalmente posto um fim à crise de efetividade que os originou.

No Brasil, a ampla afirmação de direitos fundamentais, em especial os de natureza prestacional, pela Constituição Federal de 1988, e a sistemática ineficiência do Poder Público em fazer cumprir sua missão institucional tal como projetada na Lei Maior, desaguaram (e desaguam) na profusão de litígios dessa natureza. Estes litígios não são uma novidade na agenda do Poder Judiciário nacional, mas o tratamento processual que a eles deve ser dado, com pano de fundo da experiência norte-americana, tem suscitado o aprofundamento do debate acadêmico, como ver-se-á a seguir.

¹² VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática, p. 75.

¹³ FISS, Owen. Op. cit., p. 31.

¹⁴ Idem, 1979, p. 3, tradução nossa.

¹⁵ Para aprofundamento sobre as *injunctions* no direito norte-americano, consultar: BAUERMANN, Desirê. Structural injunctions no direito norte-americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 305-327.

¹⁶ DIDIER, JR, Fredie et al. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**, p. 426.

2.2. Conceitos e características

Às definições de processo e decisões estruturais precede a de litígio/problema estrutural. Segundo Vitorelli, os litígios estruturais “são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, opera”¹⁷. Afirma que “o funcionamento da estrutura é o que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo”, de maneira que “se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente”¹⁸, com possibilidade de se repetir em momento futuro.

Estrutura, no conceito proposto pelo autor, “pode ser uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público”¹⁹.

Nesse contexto, o processo estrutural, em definição que se aproxima à da doutrina norte-americana, e à qual se filia para os fins deste trabalho,

[...] é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação direcionada a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.²⁰

Em perspectiva mais ampla, Didier Jr., Hermes Zanetti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira definem processo estrutural tomando como partida uma particular noção de problema estrutural. Para estes autores, problema estrutural é definido “pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal”²¹, e o processo estrutural, portanto, “é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”²².

¹⁷ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática, p. 56.

¹⁸ *Ibidem*, p. 56.

¹⁹ *Ibidem*, p. 56.

²⁰ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, p. 64.

²¹ DIDIER. JR, Fredie et al. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**, p. 427.

²² *Ibidem*, p. 429. Os autores citam alguns exemplos, nesse contexto, de processos estruturais: “(...) podemos dizer que são exemplos de processos estruturais aqueles deflagrados por: (i) demanda que visa à concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, por meio de um plano de adequação e acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos de uma determinada localidade; (ii) demanda que visa assegurar o direito à saúde e que, considerando o crescimento do número de casos de microcefalia numa determinada região e da sua possível relação com o *zika* vírus, pugna seja estabelecido impositivamente um plano de combate ao mosquito *aedes aegypti*; (iii) demanda que, buscando salvaguardar direitos de minorias, pede que se imponha a inclusão, na estrutura curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dos povos africanos ou dos povos indígenas; (iv) demanda que pretende resguardar a dignidade, a vida e a integridade física da população carcerária e, para tanto, pleiteia a adoção de medidas de adequação dos prédios públicos em que essas pessoas se encontram encarceradas” (p. 431).

Essa reestruturação dá-se essencialmente pela prolação da decisão estrutural, que, segundo perspicaz observação de Didier Jr., Hermes Zanetti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, tem conteúdo eminentemente complexo e dual: num primeiro momento, a decisão fixa o resultado a ser alcançado, isto é, o objetivo, a meta que se pretende atingir, e, nessa extensão, tem “a estrutura deontica de uma *norma-princípio*”²³. Em um segundo momento, ela efetivamente estrutura a maneira pela qual este resultado pode ser atingido, “determinando condutas que devem ser observadas ou evitadas”²⁴. Assume, neste último contexto, a feição de uma “*norma-regra*”²⁵.

Em geral, a reestruturação que se pretende pela via jurisdicional envolve “a elaboração de um plano implementado ao longo de um considerável período de tempo, com o objetivo de transformar o comportamento da estrutura para o futuro”²⁶. Essa reestruturação implica uma constante “avaliação e reavaliação dos impactos diretos e indiretos da operação institucional, os recursos necessários e suas fontes, os efeitos colaterais da mudança promovida pelo processo sobre os demais atores sociais que interagem com a instituição”²⁷, o que denota que o processo estrutural é um “*processo-programa*”²⁸.

Embora não haja consenso doutrinário, costuma-se afirmar que o processo estrutural veicula litígios *policêntricos* (ou multipolares, na expressão de Sérgio Arenhart²⁹) e *complexos*, características que, entre outras, os tornam incapazes de serem bem tutelados pelo esquema tradicional de processo.

A policentria quer dizer que eles “impactam diferentes sujeitos (que não somente as partes formais do processo), de maneiras diversas (chamadas ‘centros’), de modo que todos eles se inter-relacionam necessitando de uma solução coordenada (entre as partes e o juiz)”³⁰. Em outras palavras, há, nesses conflitos, a “presença simultânea de vários centros de interesses juridicamente protegidos”³¹, e uma alta conflituosidade interna entre os grupos e subgrupos atingidos.

A complexidade, por seu turno, “não deriva da relação entre o litígio e o grupo, mas da relação entre o litígio e o Direito”³² e evidencia que o conflito pode

²³ DIDIER JR, Fredie et al. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**, p. 432.

²⁴ *Ibidem*, p. 432.

²⁵ *Ibidem*, p. 432.

²⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, p. 70.

²⁷ *Ibidem*, p. 70.

²⁸ *Ibidem*, p. 70.

²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1071-1096.

³⁰ MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**, p. 40-41.

³¹ VITORELLI, Edilson. *Op. cit.*, p. 61.

³² *Ibidem*, p. 31.

ser tutelado de inúmeras formas distintas, todas juridicamente plausíveis. Em outras palavras, a solução do conflito pode se dar por “múltiplas formas e não será claro, *ex ante*, qual, dentre as possibilidades, é a mais eficaz para a reparação ou prevenção da lesão ao bem jurídico”, não sendo clara, também, “qual a pretensão desejada pela coletividade lesada”³³.

Em interessante proposta de classificação dos litígios coletivos, que leva em consideração o grau de conflituosidade e complexidade dos conflitos, distinguindo-se daquela tradicionalmente concebida entre difusos, coletivos e individuais homogêneos, Vitorelli afirma que os litígios estruturais são *litígios coletivos de difusão irradiada*, o que significa dizer que

a sociedade atingida é lesada de modos qualitativa e quantitativamente distintos entre os seus integrantes, dando origem a subgrupos que não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidos, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Esses eventos dão ensejo a litígios mutáveis e multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio.³⁴

Algumas outras características do processo estrutural são lembradas pela doutrina. Mariela Puga, por exemplo, lista sete características que considera essenciais para sua caracterização, quais sejam:

- (1) a intervenção de múltiplos atores sociais;
- (2) uma coletividade de pessoas afetadas pela decisão, mas que não participam do processo, embora sejam representados por alguns de seus pares ou por outros atores legalmente autorizados;
- (3) uma causa que origina a violação de direitos em larga escala; tal causa se apresenta, em geral, como uma regra legal, uma política ou prática (pública ou privada), uma condição ou uma situação social que vulnera interesses de maneira sistêmica ou estrutural, embora nem sempre de forma homogênea.
- (4) uma organização estatal ou burocrática que funciona como o marco da situação ou condição social que viola direitos.
- (5) a invocação de valores de caráter constitucional ou público com propósitos regulatórios a nível geral, e/ou demandas de direitos econômicos, sociais e culturais.
- (6) pretensões que envolvem a redistribuição de bens;

³³ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, p. 33.

³⁴ *Ibidem*, p. 39.

(7) uma sentença que supõe um conjunto de ordens de implementação contínua e prolongada³⁵

Para Didier Jr., Hermes Zanetti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, o processo estrutural

se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (ii) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; e (iii) pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo³⁶.

Das diversas características apontadas pela doutrina, parece ser possível concluir que o processo estrutural tem como verdadeira nota distintiva a pretensão, exercida pela via judicial, de reestruturação/reformulação de uma estrutura burocrática (pública ou privada) cuja atividade (ou inatividade) causa danos a diferentes grupos, de diferentes formas e intensidades, e em torno da qual gravitam diferentes interesses sociais, todos dignos de tutela. Para essa reestruturação, empregam-se diversos mecanismos ou técnicas processuais que, juntos, formam uma espécie de procedimento – eminentemente flexível – adequado à tutela destes conflitos.

É sobre este tratamento processual e procedimental que se pretende debruçar no tópico seguinte, com a ressalva, contudo, de que, apesar da amplitude conceitual, para os fins deste trabalho, serão considerados especialmente os litígios estruturais de que sejam parte o Poder Público e que envolvam o controle de políticas públicas.

3. TRATAMENTO PROCESSUAL ADEQUADO: POSSIBILIDADES

3.1. Da necessária flexibilização processual e procedimental

Consideradas as peculiaridades dos litígios estruturais, aqui delimitados aos que veiculam o controle de políticas públicas e nos quais figuram o Poder Público como réu, não é difícil constatar que eles, de fato, não se encaixam bem nas estruturas processuais predominantes, que privilegiam a lógica individualista e bipolar (autor/réu; lícito/ilícito; procedente/improcedente) e se arvoram em categorias

³⁵ PUGA, Mariela. **Litigio estructural**. Tesis (Doctoral). Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. mai. 2014, p. 46, tradução livre.

³⁶ DIDIER JR., Fredie et al. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**, p. 430-431.

processuais rígidas, aplicadas invariavelmente na fase de conhecimento e na fase executiva. São exemplos, entre outros, o princípio da congruência e adstrição, o regime de preclusão e estabilidades, a limitação da participação de terceiros aos critérios e requisitos legalmente tipificados, a cisão estanque entre fase de conhecimento e execução, a previsão de medidas executivas genéricas e a imposição de prazos processuais engessados.

Como afirma Arenhart, “tanto demandas individuais, quanto o processo coletivo brasileiro atual, mostram-se flagrantemente insuficientes para dar vazão às necessidades de uma discussão jurisdicional minimamente satisfatória de políticas públicas”³⁷.

As primeiras porque promovem um recorte no conflito estrutural, e o reduz a um “simples debate entre um ‘direito subjetivo’ de determinado indivíduo frente ao Estado”³⁸, como ocorre, por exemplo, nas demandas sobre medicamentos. Nelas, lembra o autor, opõe-se o direito fundamental à saúde em contraposição ao interesse patrimonial do Estado, ocultando (e simplificando) a verdadeira controvérsia que as subjaz: a política pública de saúde nacional e o modo como os recursos – escassos – devem ser distribuídos.

Por seu turno, as demandas coletivas, tais como concebidas hoje, “também não representam resposta muito melhor”³⁹, na medida em que, “substancialmente, a tutela coletiva brasileira, *grosso modo*, pode ser resumida em um processo ‘individual’, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda a coletividade”⁴⁰, se lhes aplicando os mesmos instrumentos, técnicas e principiologia processuais utilizadas nas demandas individuais. Do mesmo modo, a própria representação da coletividade é “muito mais aparente do que real”⁴¹, já que fica alienada da participação direta no processo.

Daí é que a efetividade da tutela destes conflitos pela via processual impõe uma nova conformação, quando então tomam lugar os processos ditos estruturais, cujas possibilidades de condução serão analisadas a seguir.

Uma primeira constatação, contudo, no que concerne ao tratamento processual dos litígios estruturais, é a de que não parece ser possível definir, aprioristicamente, uma rota procedimental que deva ser observada em todos os casos⁴². Isso,

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1047.

³⁸ Ibidem, p. 1048.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem, p. 1049.

⁴² Não obstante, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 8.058/2014, que se destina a disciplinar “o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”. Em seu artigo 2º,

pois estes litígios são multifacetados e apresentam, quase sempre, conformações próprias que impedem a adoção de um rito genérico e previamente definido, donde convém afirmar que o processo estrutural deve guardar “certa flexibilidade intrínseca”⁴³.

Não obstante, há consistente linha doutrinária⁴⁴ que se filia à possibilidade de se utilizar o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil como base para o desenvolvimento da relação processual, já que o próprio código prevê diversos instrumentos para imprimir a necessária flexibilização ao procedimento (entre os quais incluem-se a previsão de adaptação do procedimento às peculiaridades do conflito, conforme artigos 7º, 139, VI, 297, 300 e 536, §1º; a concessão de tutela provisória de forma liminar ou durante o processo; a prolação de decisões parciais de mérito, conforme artigos 354, parágrafo único, e 356; a atipicidade dos meios de prova, conforme artigo 369; ampla cooperação judiciária, conforme artigos 67 a 69; a celebração de negócios jurídicos processuais e a calendarização para prática de atos processuais, conforme artigos 190 e 191; a adoção de medidas executivas atípicas, conforme artigos 139, IV, e 536, §1º), além de permitir o livre trânsito de técnicas previstas em procedimentos especiais (art. 327, §2º, do CPC).

3.2. Processo estrutural em duas fases

Na linha proposta por Didier Jr, Hermes Zanetti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, similar em alguma medida ao que propõe o professor Sérgio Arenhart (com a noção de decisões em cascata, apresentada a seguir), é conveniente que o processo estrutural se organize num procedimento bifásico (embora não de modo estanque, como se verá).

3.2.1. Delimitando o problema estrutural e suas premissas iniciais

A primeira fase terá por finalidade a constatação da existência do problema estrutural e o estabelecimento de uma meta, um objetivo geral a ser atingido. Neste primeiro momento, pode-se dizer que a preocupação é com a “apreensão das características do litígio, em toda sua complexidade e conflituosidade,

p. único, dispõe que o processo, nesses casos, terá, entre outras, características “estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes”. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.058/2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>. Acesso em: 03 jun. 2021.

⁴³ DIDIER, JR, Fredie et al. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**, p. 438.

⁴⁴ Nesse sentido, confira-se: DIDIER, JR, Fredie et al. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**, p. 456-457; MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**, 2021.

permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos, em respeito ao [seu] caráter policêntrico”⁴⁵.

Essa decisão, afirma Arenhart, “se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado”⁴⁶. Trata-se, na verdade, de uma decisão “normalmente mais genérica, abrangente e quase ‘principiológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional”⁴⁷.

É, em alguma medida, a própria fase de cognição, mas não necessariamente exauriente, porque o julgador, atento às peculiaridades do litígio, que é mutável e comporta diferentes soluções possíveis, deve reter a jurisdição (*retainment of jurisdiction*)⁴⁸ para eventualmente tratar de questões ou fatos novos que surjam justamente no momento da implementação da “decisão-núcleo”⁴⁹ – manobra que seria possível, por exemplo, por meio das tutelas provisórias e das decisões parciais de mérito.

Nesta primeira fase, já se verifica necessária a atenuação das regras da congruência objetiva externa (princípio da adstrição/demanda) e da estabilização objetiva da demanda⁵⁰, pois, diante da complexidade do litígio, é possível que os pedidos veiculados pelo autor não reflitam a melhor forma de tutela do conflito, se antecipem demasiadamente sobre a fase de cumprimento ou estejam além ou aquém do que se pode razoavelmente esperar para sua efetiva solução a médio e longo prazo.

Como salienta Felipe Barreto Marçal, “em regra, existe uma dificuldade de se estabelecer, desde o início do processo, exatamente aquilo que será necessário para fazer cessar a violação do direito”⁵¹, sendo possível associar essa indetermina-

⁴⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, p. 64.

⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 225, 2013, p. 6.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁴⁸ Sobre o assunto, confira-se: VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, p. 437.

⁴⁹ Expressão utilizada por Sérgio Arenhart para se referir à decisão que fixa a existência do problema estrutural e as premissas gerais do problema e de sua provável solução. Nesse sentido, confira-se: ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, 2013.

⁵⁰ Que preconizam, em síntese, que “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”; que lhe é vedado decidir além, aquém ou de modo diverso ao que fora postulado na inicial; e que, após o saneamento do feito, a causa de pedir fica estabilizada, impassível de modificação (conforme inteligência dos artigos 141, 329 e 492 do Código de Processo Civil). Nesse sentido, confira-se: DIDIER JR, Fredie *et al.* **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**, p. 448; ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 5; MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**, p. 122-132.

⁵¹ MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**, p. 127.

ção e flexibilidade, outrossim, “ao caráter geralmente prospectivo e dinâmico do processo estruturante”⁵²⁻⁵³.

Do mesmo modo, o debate aprofundado sobre o litígio e seus contornos, em especial após aferição dos interesses em jogo, pode sinalizar que o objeto da demanda deva ser alterado e que novas questões, ainda que não suscitadas, devam ser consideradas. Fala-se, nesse contexto, “[n]uma construção progressiva do *thema decidendum* ao longo do processo (...)”⁵⁴.

Assim é que, para entrega da tutela adequada, recomenda-se “permitir ao magistrado alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado”⁵⁵.

Ainda para esta primeira fase de constatação do problema estrutural, dada a multipolaridade do conflito, a ampliação do debate é fundamental, pelo que parece ser necessário investir “em novas formas de participação de sujeitos no processo”⁵⁶, o que guarda estreita relação com a noção de contraditório participativo ou participação *potenciada*⁵⁷.

Aqui, o objetivo é garantir que, além das tradicionais formas de intervenção, seja dada “voz aos inúmeros atores ou grupos que possam ser eventualmente atingidos, independentemente de qual seja o título sob o qual eles venham a ingressar no processo”⁵⁸, o que pode ocorrer pela ampliação de audiências públicas, pela criação de mesas de diálogos e pelo uso da *internet* e outras ferramentas tecnológicas que ampliem a interlocução com os grupos interessados. A medida é relevante, pois, além de

⁵² MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**, p. 127.

⁵³ Em sentido semelhante, Marcela Pereira Ferraro destaca que “é necessária a inversão da lógica segundo a qual o objeto do processo é conhecido, como regra, desde logo. A lógica invertida seria um objeto do processo verificável apenas a posteriori, após a discussão entre as partes e demais interessados, como reflexo de que a petição inicial apenas traz um ‘esboço da demanda’ (da causa de pedir e do pedido e talvez, até mesmo, de quem seriam aqueles responsáveis pela violação de direitos). É uma visão mais ajustada à dinâmica e à dinamicidade dos litígios estruturais. Isso, certamente, tem reflexos naquilo que vem atrelado ao princípio da demanda. Tem repercussão sobre a regra da correlação entre demanda e sentença, até porque essa congruência depende de o pedido ser certo e determinado, como regra. Igualmente, tem relação com uma causa de pedir que pode ser delineada pelo autor, além de pressupor um esgotamento da cognição com a sentença” (FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural**. Universidade Federal do Paraná, 2015. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais, p. 143-144).

⁵⁴ MARÇAL, Felipe Barreto. Op. cit., fl. 127.

⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 5

⁵⁶ DIDIER JR, Fredie et al. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**, p. 450.

⁵⁷ NUNES, Leonardo Silva et al. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de et al. (org). **Novas Tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Jr.**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 372.

⁵⁸ Ibidem, p. 450.

incrementar a legitimidade democrática da decisão, contribui para reduzir o “déficit informacional do julgador nesses casos”⁵⁹.

A isso se soma, outrossim, diante da variedade das questões de fato debatidas, a utilização de provas atípicas, como franqueia o artigo 369 do Código de Processo Civil, ganhando importante destaque as provas por amostragem e estatísticas⁶⁰.

Sem prejuízo da adoção de outras providências que sejam úteis à elucidação das questões controvertidas neste momento inicial, uma vez reconhecida a existência do problema estrutural – que, para os limites deste trabalho, enfeixa-se ao reconhecimento da insuficiência, omissão, ilicitude na política ou programa públicos questionados – bem como definido o objetivo geral a ser perseguido, inicia-se a segunda fase do processo estrutural, que diz respeito, portanto, à execução estrutural⁶¹. Isto é, a identificação e adoção das medidas necessárias para garantir a reforma/readequação pretendida.

3.2.2. Decisão estrutural na prática: implementando-se a reforma estrutural

Nesta segunda fase, ainda como propõem Didier Jr., Hermes Zanetti Jr. e Rafael Alexandria Oliveira, será preciso definir, em suma, (i) o tempo, o modo e o grau da reestruturação; (ii) o regime de transição; e (iii) a forma de avaliação e fiscalização das medidas adotadas.

Relativamente ao primeiro ponto, fala-se na “elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, em um documento ou a partir de diversos acordos ou ordens judiciais, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável”⁶². É ideal que na elaboração e execução do plano sejam estabelecidas “fases, de modo a viabilizar o gradual cumprimento das determinações judiciais e a avaliação de seus efeitos, não apenas da perspectiva do juiz e das partes, mas dos demais sujeitos impactados”⁶³.

⁵⁹ MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**, fl. 80.

⁶⁰ DIDIER JR, Fredie *et al* **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**, p. 440.

⁶¹ O que não significa dizer, como já se sinalizou, que não vá haver cognição nesta fase. Conforme salientam Didier Jr., Hermes Zanetti Jr. e Rafael Alexandria Oliveira, citando Matheus Galdino, “as consequências de um processo que produz, como resultado, uma decisão que certifica uma norma-princípio são: ‘a) a decisão em tal processo exigirá uma posterior cognição sobre os comportamentos a serem efetivados pelos seus destinatários a fim de alcançar o estado de coisas nela previsto; b) a instrução no processo se volta para a avaliação da correlação entre o estado de coisas (fim-objeto mediato do processo); e, c) o resultado do processo, dado seu conteúdo normativo primeiramente complementar e preliminarmente parcial, permite que se busque uma harmonização entre vários estados de coisas” (DIDIER JR, Fredie *et al*. Op. cit., p. 441).

⁶² VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, p. 64.

⁶³ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, p. 77.

Para tanto, é possível que o julgador, entre outras medidas atípicas (art. 139, IV, e art. 536, §1º, do CPC), promova audiências para elaboração conjunta entre as partes, ouvidos terceiros interessados (no que se incluem os grupos direta ou indiretamente afetados) e especialistas; que atribua ao autor ou ao réu a elaboração, para posterior submissão ao contraditório; que estimule a elaboração negociada entre as próprias partes, para posterior homologação judicial; que delegue a execução a um terceiro imparcial ou a entidades específicas criadas para este fim, como as chamadas entidades de infraestrutura específica⁶⁴. Em todas essas possibilidades, tratando-se de Poder Público, as questões relativas à gestão dos recursos a serem empregados também devem ser detidamente consideradas.

É natural que na implementação do plano (que pode ser compulsória ou negociada), normalmente de médio e longo prazo, surjam dificuldades ou eventos imprevistos, ou, ainda, as medidas até então definidas mostrem-se, na prática, insatisfatórias ou insuficientes. Também é possível que surjam controvérsias sobre questões ou fatos novos que, de alguma forma, gravitem em torno do problema central. Nesse sentido, será necessária a tomada de novas decisões judiciais, para dirimir estes problemas (o que pode implicar, inclusive, nova produção probatória), ou mesmo a reelaboração do plano até então estabelecido.

Nesse contexto é que Sérgio Arenhart aponta como característica marcante dos processos estruturais a adoção de provimentos em cascata, “de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam”⁶⁵. Assim, após a tomada da decisão-núcleo, outras “serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida”⁶⁶. Essa cadeia de decisões, prossegue o autor, implicará “avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente firmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto”, de maneira que, “não raras vezes, esses provimentos implicarão técnicas semelhantes à negociação e à mediação”⁶⁷.

Também é por isso que se costuma afirmar que o processo estrutural tem, em si, sobretudo pela complexidade dos problemas tratados, uma carga de experimentalismo, de maneira que as medidas adotadas podem ser (e é recomendável que sejam) testadas e eventualmente revistas; ou mesmo substituídas caso necessário⁶⁸.

⁶⁴ Confira-se: *Ibidem*, p. 258-277; DIDIER JR, Fredie *et al.* **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**, p. 441-446 e 452.

⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 6.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 6.

⁶⁸ FERRARO, Marcela. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Universidade Federal do Paraná, 2015. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais, p. 113.

Serve como anteparo a este tipo de atuação, ainda que pela via da interpretação extensiva, o disposto nos artigos 493 e 505, I, do Código de Processo Civil⁶⁹, que autorizam o julgador a considerar fatos novos na atividade decisória, com o que poderá, portanto, corrigir “os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados”⁷⁰.

É intuitivo que a adoção desse raciocínio, em alguma medida, implique a flexibilização do sistema de preclusões e estabilidades, pois somente assim “(...) é que se pode pensar em construção progressiva do *thema decidendum* no processo estruturante, não sendo possível falar em ‘coisa julgada’, na perspectiva tradicional, se não é possível definir em qual momento (e em qual decisão) [se] alcançou a certeza das questões colocadas sob a cognição judicial”⁷¹.

Sob o mesmo enfoque, Vitorelli⁷² defende a perspectiva de uma simultaneidade e retroalimentação entre conhecimento e execução, na medida em que a mutabilidade fática inerente aos litígios estruturais e o modo experimental das soluções adotadas exigem o constante exame e reexame de questões já postas ou surgidas posteriormente. Seria, aqui, “inviável imaginar rígidas diferenças entre a fase de conhecimento e a fase de execução”⁷³. E sugere que tal seja feito, como já se apontou alhures, pela utilização de mecanismos como a tutela provisória, audiências mistas de autocomposição, instrução e decisão, decisões parciais de mérito e acordos.

Um outro ponto que deverá ser levado em conta nesta segunda fase do processo estrutural, até como parte do plano de reestruturação, é a concepção de um regime de transição, que possibilite a execução daquele de forma gradual e proporcional. Esse regime de transição, por outro lado, também parece ser necessário quando houver novas decisões ou readequações de medidas ao longo da implementação da reestruturação, para que o réu tenha possibilidade de cumpri-las de modo eficiente e conforme as possibilidades fáticas e jurídicas vigentes.

Ainda, para o fim de garantir a efetividade do processo, como sugerem Didier Jr., Hermes Zanetti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, será preciso investir na

⁶⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

Art 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; [...].

⁷⁰ DIDIER JR, Fredie *et al.* **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**, p. 447.

⁷¹ MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**, p. 171-172.

⁷² VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, p. 339-347.

⁷³ *Ibidem*, p. 340.

avaliação e fiscalização contínua das medidas estruturais adotadas, o que pode ser feito pela “nomeação de um gestor específico ou um comitê”⁷⁴, ou, ainda, pela exigência de elaboração de relatórios periódicos, designação de audiências ou inspeção judicial.

Especificamente no que concerne ao cumprimento e à adequação das medidas, a doutrina chama atenção para a necessidade de que os grupos afetados/interessados sejam constantemente ouvidos, propugnando, portanto, uma ampliação do contraditório participativo, que deverá ter curso não só de forma prévia à implantação das medidas, mas igualmente durante e após sua implementação⁷⁵.

Em arremate, pode-se dizer que, em ambas as fases (isto é, de constatação do problema estrutural e de adoção das medidas tendentes à reforma estrutural), o estímulo à consensualidade e à cooperação (entre as partes e mesmo entre juízos), por formas típicas ou atípicas, é indispensável para o bom andamento das medidas.

Como se vê, a tutela judicial dos litígios estruturais exige uma intensa flexibilização procedimental e a superação de categorias processuais rígidas, as quais ainda são arraigadas na praxe forense. Seu sucesso, em alguma medida, depende da constante disposição do órgão julgador e das partes em assimilar a complexidade do conflito e a consequente necessidade de que a tutela processual se amolde, o quanto possível, a suas especificidades.

4. DISCUTINDO LIMITES E CAUTELAS AO PROCESSO E ÀS DECISÕES ESTRUTURAIS

Do panorama até aqui traçado, no que diz respeito às decisões e aos processos estruturais, pode-se inferir que a eles se agrega uma postura essencialmente proativa do Poder Judiciário, cuja atuação, ao menos nos litígios que envolvem o Poder Público, em muito repercute nas funções que geralmente se atribuem aos demais poderes do Estado (executivo e legislativo). Traduzem eles, em verdade, na expressão utilizada por Mariela Puga, uma função *performativa*, “que permite expandir o terreno do judicializável, alcançando práticas que estariam fora do que previamente se entendia possível de consubstanciar um debate judicial”⁷⁶.

Seu caráter intrusivo sobre o funcionamento de uma determinada estrutura burocrática estatal poderia suscitar, num primeiro momento, a discussão quanto à legitimidade e à adequabilidade dessa forma de atuação pelo Poder Judiciário. Mas esta discussão, embora inspire interessantes reflexões, parece estéril do ponto de vista prático, já que o controle jurisdicional de políticas públicas é, no Brasil,

⁷⁴ DIDIER JR, Fredie *et al.* *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*, fl. 445.

⁷⁵ MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos estruturantes*, p. 105-106.

⁷⁶ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. *Covid/19, Processo estrutural e ativismo judicial*, p. 3. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/COVID-19PROCESSO+ESTRUTURALEATIVISMOJUDICIAL.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

uma realidade amplamente admitida e, em certa medida, estimulada. Como afirmam Brinks e Gauri, citados por Vitorelli, “de uma perspectiva pragmática, é tarde para questionar se os tribunais *deveriam* intervir para assegurar direitos, porque já o fazem diariamente; a pergunta mais importante agora é como devem fazê-lo”⁷⁷.

Se assim é, o processo estrutural parece ser o meio adequado para tanto, já que tem por finalidade dar o adequado tratamento processual a litígios que, por sua complexidade e alta conflituosidade, não se conformam aos tradicionais esquemas do processo tradicional, como se costuma observar em litígios coletivos sobre o controle de políticas públicas. Contudo, admiti-los como tal não significa necessariamente endossar que possam tudo e de qualquer modo. É nesse contexto que limites e cautelas devem ser pensados para que a tutela estrutural seja efetiva, mas não se transforme num mecanismo de usurpação de poder e de enfraquecimento da dimensão política e social que os conflitos sobre políticas públicas guardam intrinsecamente.

Inicialmente, parece preciso estabelecer como premissa, na linha defendida por Sérgio Arenhart, que as medidas estruturais, pela via jurisdicional, devam ser utilizadas como último recurso, de maneira que “quando outras medidas mais simples mostrarem-se adequadas, não haverá razão para as providências estruturais, seja por sua complexidade, seja por seu custo, seja mesmo pelo caráter intrusivo que apresentar”⁷⁸. Isso porque estas medidas – e o processo em meio ao qual elas são adotadas – não raramente exigirão “um elevado custo de recursos (em sentido amplo) do Poder Judiciário”⁷⁹. E são medidas, como dito, difíceis de se implementar e de controlar, demandando acompanhamento a longo prazo⁸⁰.

Daí é que ganha importante destaque a utilização do que se pode chamar, na expressão de Vitorelli, as medidas estruturais extrajudiciais, pelas quais se implementam reformas estruturais pela via do consenso. Nesse aspecto, desempenha relevante papel o Ministério Público, por exemplo, que tem a sua disposição o inquérito civil, os procedimentos administrativos, as recomendações administrativas, os termos de ajustamento de conduta, a mediação para formalização de acordos extrajudiciais, entre outros instrumentos que, uma vez estimulados e efetivamente utilizados, podem desaguar em soluções autocompositivas com resultados sociais relevantes⁸¹.

⁷⁷ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, p. 105.

⁷⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 4.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁸⁰ Vitorelli não perfilha deste entendimento. Para o autor, “(...) embora o processo estrutural possa parecer, à primeira vista, um método de potencializar a intervenção judicial em políticas públicas, ele é, em realidade, um método de organizá-la. A intervenção judicial já está instalada no somatório de um sem-número de demandas individuais, que comprometem o sistema, seja porque os autores individuais não se preocupam com isso, seja porque essa é uma estratégia eficiente de se obter resultados mais rapidamente. Não há razão, portanto, para que o processo estrutural seja visto como uma espécie de última alternativa para a atuação do Poder Judiciário. Em realidade, ele é uma opção preferível a muitas das alternativas mais tradicionais de litigância”. (VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, p. 129).

⁸¹ *Ibidem*, p. 139-235.

Por outro lado, é certo que a realidade do País é pródiga em conflitos/problemas de carga estrutural, de maneira que, para que não haja vulgarização a ponto de inviabilizar a gestão administrativa e política que os subjaz, a admissão de providências dessa natureza, pela via judicial, deve, em alguma medida, estar associada à “existência da recalcitrância ou prolongada inércia do Poder Público na implementação de direitos fundamentais”⁸² e guardar algum grau de proximidade com as prioridades da agenda governamental na formulação e execução de políticas públicas, considerada a escassez de recursos.

A condução do processo, por seu turno, logo na primeira fase (e igualmente na segunda), deve se pautar no efetivo incremento do contraditório e da participação de terceiros, de modo que se viabilize a melhor apreensão possível dos contornos do litígio, dos interesses envolvidos e, em especial, da política pública que gravita em torno do problema judicializado.

A adequada apreensão do conflito, em todas as suas nuances, por meio de forte contraditório e ampliação da participação, é fundamental para evitar a prolação de decisões enviesadas, “maculadas pela subjetividade (impressões, preconceções, preconceitos) do julgador ou pela análise viciada da argumentação jurídica e dos elementos de prova (...)”⁸³, risco que se potencializa quando há “um comportamento solipsista dos magistrados”⁸⁴.

Não é incomum que, em litígios de interesse público, os julgadores, embora possam se dizer de boa-fé (e até mesmo estejam), tendam “a combinar, na visão de Margulies, modos de cognição e decisão afetivos e instrumentais”⁸⁵, de modo que se apegam “emocionalmente às causas cujas injustiças pretendem remediar e orientam suas atitudes instrumentalmente ao alcance do objetivo final que elegeram”⁸⁶. É o risco oriundo dos vieses cognitivos (*cognitive biases*), os quais “representam os desvios cognitivos decorrentes de equívocos em simplificações (heurísticas) realizadas pela mente humana diante de questões que necessitariam de um raciocínio complexo para serem respondidas”⁸⁷.

Em interessante publicação⁸⁸, Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron se dedicam ao estudo dos vieses cognitivos que afetam a atividade jurisdicional,

⁸² MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. **Processo estrutural consequencialista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 85.

⁸³ NUNES, Dierle et al. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 37.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 37.

⁸⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, p. 398.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 398.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 36.

⁸⁸ Trata-se do já citado livro: NUNES, Dierle et al. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

cuidando de questionar como eles podem impactar a dimensão da processualidade democrática. Concluem, em suma, que uma das ferramentas para minorar os efeitos dos desvios cognitivos decorrentes dos automatismos do pensamento humano é a adoção, no processo, de uma verdadeira ampliação do contraditório e abertura ao diálogo.

Transpostos aos processos estruturais, os vieses cognitivos representam riscos ainda maiores, já que aqueles envolvem problemas de grande complexidade e alta conflituosidade, além de implicar uma série de medidas cuja adoção exige um dispêndio expressivo de recursos humanos, materiais e de tempo. Assim, é preciso que, previamente à tomada das decisões, cerque-se o julgador do maior número de informações e esclarecimentos possível e procure orientar o processo decisório de forma consciente e dialógica, em conformidade com a escala do problema analisado e das limitações existentes para sua solução.

Pode ser útil a esta tarefa, por exemplo, com alguma adaptação, a utilização do método proposto por Maria Paula Dallari Bucci para investigação das políticas públicas, ao qual denominou de “abordagem Direito e Políticas Públicas” (DPP). Cuida-se de método científico aplicado à descrição, à análise e à compreensão da concepção, da formulação, do desenvolvimento, do planejamento, da execução e do controle de políticas públicas e das formas e processos jurídicos correspondentes⁸⁹.

Em outras palavras, representa a adoção de um conjunto de ferramentas metodológicas que permitem analisar juridicamente determinada política pública sobre bases amplas, sistematizadas e não herméticas.

De acordo com Bucci, a abordagem DPP tem por objetivo “examinar os pontos de contato entre os aspectos políticos e jurídicos que cercam a ação governamental e como se promovem transformações jurídico-institucionais, ora por meio de uma aproximação realista e analítica, ora idealista e prescritiva”⁹⁰.

Assim, a política pública, como expressão de uma ação governamental coordenada e em escala ampla sobre problemas complexos, deve ser analisada a partir de, pelo menos, três planos: um “*macroinstitucional, com foco na ação governamental;*”, outro “*microinstitucional, com atenção na ação governamental em torno da qual se movem os agentes públicos e privados*” e, ainda, um “*mesoinstitucional, no qual os arranjos institucionais ocorrem*”⁹¹.

⁸⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Fundamentos para uma teoria jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). In: 5 Journal of Institutional Studies 3 (2019). **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 816.

⁹¹ WERNER, Patricia Ulson Pizarro. A abordagem direito e políticas pública como ferramenta de aprimoramento das instituições jurídicas: qualidade organizacional, sistematização de dados e fomento das relações interinstitucionais. In: 5 Journal of Institutional Studies 3 (2019). **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 926-941, set./dez. 2019, p. 934.

Em estudo sobre a judicialização da saúde, Bucci destaca a aptidão do método para compreender a política pública – como problema complexo – em todas as suas dimensões:

parte da tensão subjacente à massificação das ações judiciais reivindicando direitos ligados à saúde (assistência farmacêutica, mas não apenas isso) liga-se ao fato que o Poder Público (União, Estados e Municípios), réu na maioria das ações, é responsável, constitucionalmente, pela formulação e execução dos programas que deveriam assegurar o direito à saúde da coletividade, ou seja de todos os potenciais destinatários de cada um dos programas, voltados a doenças ou situações específicas.

Assim, é familiar à abordagem de políticas públicas (DPP), a partir de práticas metodológicas já consolidadas na ciência política, gestão pública e economia, examinar a escala do problema, sua dimensão quantitativa, bem como comparações temporais e geográficas em face do público demandante, do alvo ideal de um programa, de experiências similares no contexto internacional, e assim por diante. Para o direito, a apreciação estatística, que se vale de métodos próprios de outras áreas do conhecimento, subsidia a compreensão da dimensão coletiva de alguns direitos, como é o caso da saúde pública.

*A desconsideração desse aspecto explica, em parte, a dificuldade própria da atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, relacionada ao caráter individualista dos mecanismos típicos do processo judicial.*⁹²

Veja-se, assim, que a abordagem DPP pode ser uma valiosa ferramenta para o mapeamento do problema estrutural judicializado, o que certamente servirá à adequada compreensão da controvérsia e dos interesses – múltiplos – que em torno dela gravitam.

Paralelamente a esta compreensão sobre o alcance e as especificidades do litígio, deve o julgador, ao tomar uma decisão estrutural, incrementar a fundamentação, de modo que seja capaz de demonstrar que considerou as consequências práticas, jurídicas e administrativas na eleição de determinada providência. Deve, ainda, como já se adiantou no item anterior, prever, se for o caso, um regime de transição – com expectativas temporais realistas⁹³ – para regularização da situação considerada irregular.

Além de ser um corolário da segurança jurídica, a incorporação destes aspectos às decisões judiciais, não é demais recordar, ganhou reforço, recentemente,

⁹² BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coords.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, s/n, grifo nosso.

⁹³ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, p. 417.

com as alterações introduzidas pela Lei Federal n 13.655, de 25 de abril de 2018⁹⁴, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que passou a contar com os artigos 20, 21 e 23, os quais preveem, respectivamente, o seguinte:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa *deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas*.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, *indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos*.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.⁹⁵

Não obstante haja intensa controvérsia doutrinária sobre sua aplicação, Carlos Ari Sunfeld enfatiza que as disposições traduzem o dever analítico atribuído ao profissional do direito, salientando que “não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens”⁹⁶.

Especialmente em casos complexos envolvendo o debate sobre políticas públicas, essa exigência não pode ser meramente retórica. Assim é que o controle

⁹⁴ BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: Brasília, DF, seção 1, pag. 1, 26 abr. 018, Página 1.

⁹⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, seção 1, página 13635, 9 set. 1942, grifo nosso.

⁹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça: Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206.

a ser exercido, eventualmente pelas instâncias recursais, sobre as decisões judiciais que tenham por objeto determinar a implantação de medidas estruturais, deve ser proporcionalmente mais *intenso*, no sentido de se reconhecer, sem maiores constrangimentos, possíveis nulidades decorrentes de vícios na fundamentação.

Essas decisões, ainda, conforme salienta Arenhart, “devem estar em harmonia com a lesão que se pretende impedir ou reparar”, de maneira que “não se tolera que a decisão judicial extrapole os limites do ilícito a ser combatido, sob pena de transformar o magistrado no verdadeiro gestor do órgão ou do ente responsável pela conduta discutida”⁹⁷.

Na implementação das medidas, o tradicional princípio da menor onerosidade ao devedor deve ser observado, garantindo ao Poder Público demandado que, entre as soluções possíveis, adote aquela menos onerosa e que atenda de forma satisfatória às necessidades da demanda, com o que o estímulo à consensualidade ganha especial importância.

Por fim, é pertinente anotar que, do modo como concebido, o processo estrutural exige, mais do que todos esses condicionantes, prudência do Poder Judiciário, seja pela especificidade das questões técnicas que circundam as discussões sobre a implementação das políticas públicas – e que precisam ser adequadamente apreendidas –, seja pelo acentuado caráter interventivo no funcionamento do aparato estatal.

Para tanto, a estrutura judiciária deve em alguma medida ser repensada⁹⁸, a fim de que sejam discutidas as metas por celeridade em relação a processos que, necessariamente, demandam tempo (como é o caso dos processos estruturais); seja estimulada a especialização de magistrados e servidores em demandas complexas de interesse público, com a finalidade de refinar a prestação jurisdicional – o que pode estar associado à criação de varas ou grupos técnicos especializados no âmbito dos Tribunais; seja incrementada a cooperação judiciária e o diálogo institucional para discutir e tratar de temas que desaguam em litígios estruturais, com compartilhamento de práticas e experiências, entre outras providências que contribuam para a evolução da cultura institucional hoje vigente.

Ao mesmo tempo, na linha proposta por Arenhart, é preciso que haja um “refinamento nos instrumentos de controle da atividade jurisdicional”⁹⁹, sobretudo quanto à motivação das decisões, com o que se pode evitar que os processos estruturais e o arcabouço teórico e prático que os amparam sejam empregados de forma

⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**, p. 5.

⁹⁸ Nesse sentido é a proposta de Felipe Barreto Marçal, em “Processos Estruturantes”, Salvador: Juspodivm, 2021, p. 201-210.

⁹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 10.

indevida, levando a uma inconsequente ingerência no aparato estatal e a uma subversão da dimensão democrática e social que se atrela às políticas públicas¹⁰⁰.

5. CONCLUSÃO

A sistematização do que é o processo civil estrutural é, sem dúvida, um avanço no tratamento dos problemas e litígios estruturais, quando se pretende uma mudança prospectiva de uma estrutura burocrática que causa violação a direitos de estatura constitucional. Os esquemas processuais tradicionais não são suficientes para dar tutela adequada e efetiva aos conflitos dessa natureza, complexos e multipolares.

Ao mesmo tempo em que representa um avanço na tutela de direitos de envergadura constitucional pela via judicial, também sinaliza uma evolução a favor do próprio Poder Público em Juízo, porque emprega técnicas necessariamente flexíveis e que melhor se conformam à realidade do Estado, isto é, às suas dificuldades práticas e limitações jurídicas em fazer cumprir comandos judiciais que tenham impactos estruturais.

Sua adoção, contudo, requer que determinados limites e cautelas sejam observados, especialmente no que concerne ao ampliamiento do debate sobre a política pública questionada, incrementando-se o contraditório e a participação dos grupos afetados e interessados. Também é fundamental que, nestes processos, o dever de fundamentação atribuído ao magistrado seja proporcionalmente mais intenso ao grau de (re)estruturação que se pretende, com o que deve se preocupar em apurar e enunciar as consequências práticas, jurídicas e administrativas das decisões, além de necessariamente prever um regime de transição, com expectativas temporais realistas, que deem ao réu condições factíveis de cumprir as medidas (impostas ou negociadas) de forma equânime, proporcional e sem prejuízo aos interesses gerais.

A esses deveres, soma-se, como corolário, a necessidade de refinar os instrumentos de controle dessas decisões, sobretudo no que concerne à motivação. Ao mesmo tempo, e na mesma medida, mostra-se pertinente repensar a estrutura judiciária quanto às metas de celeridade, à especialização de magistrados e servidores, à criação de varas especializadas, à ampliação do diálogo *intra* e *interinstitucional* e a outros aspectos que sirvam à mudança paulatina e contínua da prática judiciária hoje vigente.

Associando-se, assim, as especificidades da tutela estrutural à observância de limites e cautelas que não desnaturem seu sentido principal, não há dúvidas que o processo civil estrutural deve ser estimulado e difundido como importante ferramenta na condução de litígios coletivos que versem sobre políticas públicas.

¹⁰⁰Em sentido semelhante, confira-se: CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Covid/19, Processo Estrutural e Ativismo Judicial**. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/COVID-19PROCESSO+ESTRUTURALEATIVISMOJUDICIAL.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf#:~:text=S%C3%A3o%20decis%C3%B5es%20que%20se%20orientam,o%20lit%C3%ADgio%20que%20foi%20examinado. Acesso em: 05 mai. 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1047-1069.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1071-1096.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Félix (orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

BAUERMANN, Desirê. *Structural injunctions* no direito norte-americano. In: **Processos estruturais**. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). Salvador: Juspodivm, 2021, p. 305-327.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 06 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: Brasília, DF, seção 1, pag. 1, 26 abr. 018, Página 1.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, seção 1, página 13635, 9 set. 1942.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.058/2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>. Acesso em: 03 jun. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde**: a visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017, s/n.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Fundamentos para uma teoria jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). In: 5 Journal of Institutional Studies 3 (2019). **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Covid/19, Processo Estrutural e Ativismo Judicial**. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/COVID-19PROCESSO+ESTRUTURALEATIVISMOJUDICIAL.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER. JR, Fredie *et al.* Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 423-461.

DUIGNAN, Brian. “Brown v. Board of Education of Topeka”. **Encyclopedia Britannica**, 10 May. 2020. Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/Brown-v-Board-of-Education-of-Topeka>>. Acesso: 5 jun. 2021.

FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural**. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39322>. Acesso em: 5 jun. 2021.

FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 31-55.

FISS, Owen. The Supreme Court 1978 Term – Foreword: Forms of Justice. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 93, p. 1-58, 1979, p. 3, tradução livre. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers. Acesso em: 10 mar. 2021.

MADUREIRA, Claudio Penedo; ZANETI JR, Hermes. COVID-19 e tutela jurisdicional: a doutrina dos processos estruturais como método e o dever processual de diálogo como limite. **Direitos Fundamentais e Justiça [Recurso Eletrônico]**. Belo Horizonte, v.14, n.42, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38116>. Acesso em: 11 ago. 2020.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. Salvador: Juspodivm, 2021.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. **Processo estrutural consequencialista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NUNES, Dierle et al. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

NUNES, Leonardo Silva et al. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de et al (org.). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Jr. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. 329 f. Tesis (Doctorado em Derecho) - Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires, 2014. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/156966140/Tesis-Mariela-Puga>. Acesso em: 25 mai. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça**: Direito Administrativo para céticos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. A abordagem direito e políticas pública como ferramenta de aprimoramento das instituições jurídicas: qualidade organizacional, sistematização de dados e fomento das relações interinstitucionais. In: 5 Journal of Institutional Studies 3 (2019). **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 926-941, set./dez. 2019.

A DIFICULDADE DAS PARTES PROCESSUAIS EM PARTICIPAR DO PROCEDIMENTO DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

The difficulty procedural parties face to participate in the process of overcoming precedents and possible solutions

Joaquim Pedro Menezes de Jesus Lisboa¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Decisão de admissibilidade de recursos extremos e regime recursal correlato; 3. O sistema de precedentes obrigatórios e participação das partes em eventual superação; 4. Propostas para resolução do problema; 4.1. Modificação legislativa; 4.2. Atuação direta do Judiciário; 4.3. Reclamação como sucedâneo; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho tem o intuito de demonstrar a dificuldade de efetiva participação das partes processuais em procedimento de superação de precedentes. Tal dificuldade advém da inexistência de previsão legislativa no novo Código de Processo Civil sobre a questão. A partir desta demonstração, serão trazidas e analisadas algumas possíveis soluções para o problema apontado.

Palavras-chave: Superação de Precedentes. Participação das Partes.

ABSTRACT

This study aims to show the difficulty of effective participation of parties in a procedure to overcome precedents. Such difficulty arises from the lack of legislative provision in the new Civil Procedure Code on the issue. Thus, we will offer and analyze some possible solutions to the assessed problem.

Keywords: Overcoming Precedents. Participation of the Parties.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo intenta, inicialmente, demonstrar as dificuldades de participação das partes processuais na superação dos precedentes por falta de previsão expressa de via própria para fazê-lo.

A análise perpassará pelo exame do rito de admissibilidade de recursos extremos e o sistema recursal que lhe é próprio, trazendo a relação de tal procedimento com a ideia de precedentes obrigatórios, especialmente a questão da superação.

A partir disso, serão levantadas hipóteses para enfrentamento das dificuldades processuais e possibilidade de participação mais efetiva e direta das partes em eventual procedimento de superação de precedente.

¹ Procurador do estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPG-SP).

2. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS EXTREMOS E REGIME RECURSAL CORRELATO

O sistema recursal ligado à análise de admissibilidade de recursos extremos interpostos junto a Tribunais já foi e ainda é tema que gera grandes debates em nosso ordenamento jurídico.

A par disso, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 veio sedimentar o regramento e finalizar algumas discussões até então existentes, a exemplo do cabimento ou não de agravo direcionado ao Tribunal Superior contra decisão que denega o seguimento do recurso extremo.

Nessa toada, o CPC/2015 nos traz o regramento de admissibilidade de Recurso Extraordinário e Recurso Especial por meio do art. 1.030.

Pelo artigo mencionado, o presidente ou vice-presidente do tribunal poderá tomar algumas condutas depois de findo o prazo para resposta ao recurso.

Em apertada síntese, o magistrado competente poderá a) negar seguimento ao recurso, por decisão relacionada a julgamento de casos repetitivos; b) encaminhar o processo para juízo de retratação, também com decisão fundada em julgamento de casos repetitivos; c) sobrestar o recurso, relacionando sua decisão a casos repetitivos ainda sem decisão de tribunal superior; d) selecionar recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional; e e) realizando juízo de admissibilidade, quando positivo, remeter ao Supremo Tribunal Federal (STF) ou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Pela leitura atenta do dispositivo, nota-se que, a todo momento, o legislador teve a preocupação na observância do julgamento de casos repetitivos, sendo que, em diversas hipóteses do art. 1.030, a sistemática é citada.

A partir disso, o código veio então sedimentar dúvidas informando nos parágrafos do art. 1.030, o cabimento de dois tipos recursais contra decisão que nega seguimento a recurso extremo. São eles: o agravo interno, nos termos do art. 1.021, e o agravo direcionado ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.

É muito importante a diferenciação de hipótese de cabimento de cada um dos recursos.

Pela leitura do código, temos que o agravo interno será cabível quando a decisão que nega seguimento ao recurso estiver relacionada à análise de temas que já passaram pela sistemática de julgamentos de casos repetitivos ou de repercussão geral.

De forma exemplificada, no momento em que o presidente do Tribunal *a quo* faz a análise de admissibilidade recursal e percebe que o acórdão recorrido está em conformidade com entendimento já fixado em julgamento de casos repetitivos, ele irá negar seguimento ao recurso interposto. Contra essa decisão, é cabível o agravo interno, nos termos do art. 1.030, § 2º, do CPC.

O agravo interno interposto nessa situação será julgado pelo próprio tribunal de origem, por meio de órgão indicado no seu regimento. No Tribunal de Justiça

do Estado de São Paulo, por exemplo, o julgamento cabe à Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A, § 1º, de seu regimento interno².

Noutra banda, o cabimento do agravo do art. 1.042, do CPC, fica restrito às demais hipóteses de juízo de admissibilidade de recursos extremos, de modo que este agravo é remetido ao tribunal superior.

Também exemplificando, em uma situação na qual o presidente do Tribunal nega admissibilidade de recurso relatando sua intempestividade, caberá o agravo do art. 1.042, CPC, que será encaminhado ao tribunal *ad quem* independente de novo juízo de admissibilidade, nos termos da Súmula n. 727, STF.

O texto do art. 1.042 é, inclusive, bastante explicativo, quando informa que este recurso será cabível contra decisão do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou especial, ressalvando quando a decisão for fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. É nesta ressalva que reside o cabimento do agravo interno.

A questão sobre cabimento recursal contra decisão de admissibilidade de recurso extremo passou, portanto, a ficar expressa e sem gerar dúvidas, de modo que ficam disponíveis às partes as duas espécies de agravo, relatadas acima.

Frisa-se, por final, que com o advento do novo CPC, o STJ³ vem decidindo pela não aplicação do princípio da fungibilidade entre as duas espécies recursais aqui mencionadas, já que a nova legislação delimitou expressamente suas hipóteses de cabimento, não havendo dúvida objetiva na escolha, de modo que a interposição de um recurso em lugar do outro configura erro grosseiro, apto a gerar a inadmissibilidade.

² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Regimento interno do Tribunal de Justiça**. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/RegimentoInternoTJSP.pdf?d=1620702911021>. Acesso em: 18 out. 2021.

³ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1.042 DO CPC/2015. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. NEGATIVA. RECURSO REPETITIVO. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO INTERNO. ORIGEM. ART. 1.030, § 2º, DO CPC/2015. ERRO GROSSEIRO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. *Consoante o disposto no art. 1.030, § 2º, do CPC/2015, a decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido que nega seguimento a recurso especial com base em entendimento firmado em recurso repetitivo deve ser impugnada por meio de agravo interno.*

3. *A jurisprudência desta Corte Superior se consolidou no sentido de que, sob a égide do CPC/2015, a interposição de agravo em recurso especial com tal finalidade constitui erro grosseiro, inviabilizando a aplicação do princípio da fungibilidade. Precedentes.*

4. Agravo interno não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1239956/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/06/2018, publicação no DJe em 26 jun.2018).

3. O SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E PARTICIPAÇÃO DAS PARTES EM EVENTUAL SUPERAÇÃO

Como já mencionado, pela leitura do art. 1.030, do CPC, é possível notar uma forte relação do sistema decisório de admissibilidade de recursos extremos e o sistema de precedentes obrigatórios. Em praticamente todos os incisos do artigo há menção, ainda que periférica, à sistemática de recursos repetitivos.

Tal postura se deu pela grande inovação do sistema obrigatório de precedentes, trazida pelo novo código de 2015.

Desse modo, havendo uma decisão fixada pelas cortes superiores em regime de julgamento de casos repetitivos, a ideia é no sentido de que tal decisão seja um precedente obrigatório, e que será aplicada pelas instâncias inferiores (art. 927, CPC).

Sendo aplicada a tese obrigatória, eventual recurso extremo interposto terá seu seguimento negado, exatamente para respeitar o entendimento já fixado.

A ideia geral é privilegiar entendimentos definidos em casos idênticos, já analisados pelas cortes superiores, trazendo mais coerência e segurança jurídica ao sistema. Além disso, também tem nítido caráter de desafogar o judiciário, mormente as cortes superiores, de modo a afastar o asoerramento de recursos. E, por fim, acaba por tornar mais célere a resposta do Judiciário ao jurisdicionado, que com a aplicação do precedente e negativa de seguimento ao recurso extremo, tende a abreviar o tempo de solução do litígio.

No entanto, apesar de todo o tecnicismo do legislador, surge um problema: a dificuldade de participação das partes processuais na superação do precedente fixado.

Explica-se.

Conforme já informado, havendo uma decisão fixando um precedente obrigatório, esta deverá ser seguida pelos tribunais e juízes, nos termos do art. 927, CPC.

Tendo sido aplicado o precedente obrigatório, caso a parte pretenda se insurgir contra essa decisão, por meio de recursos a tribunais superiores, fatalmente haverá negativa de seguimento ao seu recurso, por aplicação do art. 1.030, I, CPC.

Contra essa decisão, será cabível o agravo interno, nos termos do art. 1.030, § 2º, CPC, que será julgado pelo próprio tribunal *a quo*, conforme também já demonstrado.

Imaginemos agora, que a parte tenha se insurgido contra a aplicação do precedente, com a alegação de que este deve ser superado, ou seja, que ocorreram modificações fáticas ou jurídicas que justificassem o fenômeno que a doutrina chama de *overruling*⁴, de modo que o precedente então fixado devesse ser modificado, para aplicação de nova tese jurídica sobre o caso posto em litígio.

⁴ “*Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 615.

É nessa situação que se situa o problema jurídico em estudo.

Isso se tem presente, pois, sendo cabível somente o agravo interno na hipótese, as razões recursais do agravo apenas serão conhecidas pelo tribunal de origem, e a parte não conseguirá demonstrar ao tribunal superior eventuais motivos acerca da necessidade de superação do precedente.

Ocorre que, a superação de um precedente ou *overruling*, como entende a doutrina⁵, somente pode ser feita pelo próprio tribunal que o fixou.

Logo, a parte se vê tolhida de levar suas razões ao tribunal superior, e impossibilitada de influenciar diretamente no *overruling*.

Nota-se, portanto, que o novo CPC, ao prever somente a possibilidade de interposição de agravo interno para a hipótese que se discorre, quedou em falha legislativa, ao não trazer instrumento expresso, recursal ou não, que possibilite a influência direta das partes processuais na superação de precedentes.

Necessário ter presente que a referida participação é de todo importante, tendo em vista a nova perspectiva processual de legitimidade democrática das partes, do processo como sendo um campo com ampla possibilidade de participação e influência na tomada de decisões, dando nova formatação ao princípio do contraditório.

Ademais disso, também importante mencionar que ao não possibilitar a influência direta das partes processuais no procedimento de superação, há sério risco de engessamento do precedente fixado⁶, mesmo diante de situações fáticas e jurídicas que demonstrem a necessidade de sua modificação.

Isso se deve ao fato de que, ausente via disponível às partes processuais para provocação de superação, o *overruling* ficaria restrito à própria percepção do tribunal que tenha fixado o precedente.

Assim, demonstrada a falha do legislador em não prover as partes com instrumento hábil a participar do procedimento de superação, seria necessária apresentação de algumas propostas para tentar a correção do equívoco.

4. PROPOSTAS PARA RESOLUÇÃO DO PROBLEMA

Pelo narrado até aqui, é possível perceber que, nitidamente, houve uma falha legislativa ao não prever nenhum instrumento para que as partes possam participar, efetivamente, do procedimento de superação de precedentes.

⁵ “Há no Código de Processo Civil vigente um conjunto de disposições que, interpretadas sistematicamente, indica que a competência para a modificação ou superação do padrão decisório é do próprio tribunal que o tiver fixado sob o rito dos recursos repetitivos. A doutrina processual confirma, em larga medida, essa interpretação”. SCHENK, Leonardo Faria. Superação da tese firmada em recursos repetitivos no CPC/2015: propostas para assegurar o acesso dos interessados aos tribunais superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 311, n. 46, p. 215-232, jan. 2021.

⁶ “A possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. [...] A modificação do entendimento pode revelar-se um imperativo de justiça”. DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 616.

Trata-se, portanto, de uma falha por omissão que, até certo ponto, é possível entender, principalmente pelo fato de que o sistema processual de precedentes, e todas suas vicissitudes conexas, é uma novidade em nosso sistema jurídico. Desse modo, não seria crível que o legislador tivesse uma conduta perfeita e irretocável na instituição desse sistema.

Nada obstante, a partir da constatação de um problema processual, necessário se faz buscar soluções para mitigá-lo.

Parte da doutrina já tentou apresentar algumas soluções.

Como exemplo, podemos citar que alguns autores⁷ defendem o cabimento de novo recurso extraordinário e especial contra a decisão que inadmite ou nega provimento ao agravo interno, quando houver razões para não aplicação do precedente, por distinção, ou por ser o caso da superação do precedente.

Outros autores⁸ entendem pela aplicação postergada do agravo do art. 1.042, CPC, após o julgamento do agravo interno, de modo a resguardar a competência do tribunal Superior para análise de casos de superação e distinção.

Ocorre que, exatamente pelo fato de o sistema de precedentes ser relativamente recente, ainda não ocorreram grandes aplicabilidades práticas acerca da superação de eventuais precedentes firmados pelas cortes superiores, de modo que

⁷ “VII. Meio de impugnação cabível contra acórdão do órgão colegiado que não admite ou nega provimento ao agravo interno na hipótese do art. 1.030, I e II, e § 2º do CPC/2015

[...]

b) Deve ser admitido, também, recurso extraordinário ou recurso especial, conforme o caso, contra decisão final tomada pelo órgão colegiado, nessa hipótese. Afinal, pode haver motivos para que a tese firmada no julgamento de recurso repetitivo não se aplique, no caso, não tendo o tribunal local realizado a distinção. Pode, ainda, haver razões para a superação da tese”. MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1582-1583.

“No entanto, como já se defendeu em outra sede, torna-se imperativa a aceitação de cabimento de novo RE ou REsp contra a decisão de não provimento do agravo interno, na seara da percepção do ministro Teori Zavascki em 2011, sendo tal técnica eficaz em garantir o acesso aos tribunais superiores e, consequentemente, garantir aos jurisdicionados o direito de suscitar argumentos para a superação dos precedentes, impedindo-se seu pernicioso engessamento. O novo recurso especial deverá ser embasado em negativa de vigência e contrariedade ao disposto no artigo 927, parágrafos 2º a 4º (que prevê a superação), a ser pré-questionada no agravo interno interposto de modo a se evitar o engessamento do Direito, e de novo recurso extraordinário embasado na norma de seu cabimento (artigo 102, III, a)”. NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. O STJ e a necessidade de meios para superação dos precedentes. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 nov. 2017. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-nov-22/opiniao-stj-meios-superacao-precedentes. Acesso em: 20 out. 2022.

⁸ “É preciso perceber, porém, que a ressalva final do art. 1.042, merece interpretação conforme a Constituição (art. 102, III e 105, III, da CF (LGL\1988\3)). Isso quer dizer que essa ressalva serve apenas para postergar o cabimento do agravo em recurso extraordinário ou do agravo em recurso especial para depois do julgamento do agravo interno pelo tribunal local. Interpretar de modo diverso significa suprimir do STF e do STJ o poder de afirmar os seus próprios precedentes mediante as devidas distinções e, ao fim e ao cabo, não permitir o próprio desenvolvimento do direito mediante adições de paulatinas ampliações e restrições”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 2.

ainda não houve definição específica dos tribunais sobre qual seria a melhor saída para o problema.

A despeito disso, acredita-se que o quanto antes houver a fixação da solução será possível evitar debates futuros.

Logo, em seguida apresentaremos algumas propostas que entendemos serem viáveis, a curto e médio prazo, para fins de solucionar a falha legislativa.

4.1. Modificação legislativa

Sabe-se que, dada uma proposta, é curial ter noção acerca de sua aplicabilidade prática, principalmente considerando o aspecto temporal. Por certo que uma modificação legislativa, apesar de, eventualmente, vir a corrigir um erro, possivelmente se trata de proposta mais difícil a ser implementada, por depender de modificação do CPC, a qual somente pode ser feita pelo legislador federal.

Ainda assim, acredita-se na importância de levantar o debate e contribuir com a possível evolução de entendimento acerca do tema.

Como já demonstrado anteriormente, reconheceu-se o equívoco legislativo, por omissão, de modo a não possibilitar a participação efetiva das partes processuais no procedimento de superação e/ou modificação de precedente obrigatório.

Nesse sentido, tem-se que Leonardo Faria Shenck, em seu artigo “Superação da tese firmada em recursos repetitivos no CPC/2015: propostas para assegurar o acesso dos interessados aos tribunais superiores” faz proposta interessante para correção do problema.

O autor propõe uma alteração no art. 1.030, CPC, nos seguintes termos:

Nessa linha, uma alteração simples no art. 1.030, do CPC/2015 (LGL\2015\1656), para incluir nova alínea no rol do inciso V, que prevê as hipóteses de admissibilidade e remessa ao tribunal superior dos recursos especial e extraordinário interpostos, estendendo a sua aplicação aos casos nos quais o “tribunal recorrido tenha reconhecido a existência de elementos que justificam a modificação ou a superação do entendimento firmado sob o regime de julgamento dos recursos repetitivos” resolveria boa parte do problema.

[...]

Com a alteração legislativa sugerida, competiria aos órgãos fracionários do tribunal de origem, no julgamento do recurso interposto pela parte, normalmente na apelação ou no agravo de instrumento nas hipóteses de julgamento parcial do mérito, analisar as circunstâncias fáticas e normativas, com amplo escrutínio e revisão da matéria probatória, para aferir a necessidade ou não, na hipótese concreta, de modificação ou de superação do padrão decisório anterior.⁹

⁹ SCHENK, Leonardo Faria. **Superação da tese firmada em recursos repetitivos no CPC/2015: propostas para assegurar o acesso dos interessados aos tribunais superiores.**

Ou seja, pela proposta do autor, o tribunal de origem iria analisar as possíveis causas de modificação ou superação do precedente e, se entender que seria realmente o caso dessas duas hipóteses, iria submeter o recurso ao tribunal superior.

Seria uma inclusão no procedimento de admissibilidade do recurso extremo, por assim dizer, seria um novo requisito de admissibilidade recursal específico para quando a parte alegar a possível superação do precedente.

Trata-se de uma proposta muito interessante, mas que, em nosso entendimento, não está imune a críticas.

Em primeiro lugar, é necessário ter em mente o cotidiano jurídico. Os tribunais pátrios têm certa postura defensiva no momento da análise de admissibilidade de recursos extremos. Tal postura é estendida a todos os requisitos de admissibilidade. Tal fato, possivelmente, seria mantido na análise desse novo requisito de admissibilidade.

O fato é que este não é o maior ponto de crítica da proposta.

Entendemos que, com a modificação proposta, haveria um certo desvirtuamento na ideia de superação de precedentes. Isso, pois, cabendo ao tribunal que exarou o precedente, proceder à superação do mesmo. Caberia a ele também, como decorrência lógica, análise inicial dos pressupostos para superação e/ou modificação.

Ou seja, seria deixada a cargo do tribunal de origem a análise de pressupostos de superação para, somente após este momento, possibilitar a remessa do recurso ao Tribunal Superior que exarou o precedente.

Soma-se a isso que, delegando ao tribunal de origem a análise dos pressupostos de superação, surgiria novo problema: acabaria havendo nova possibilidade de insurgência contra essa decisão, pois a parte poderia não concordar com esta inadmissibilidade específica. Isto levaria à criação de novo debate recursal sobre qual recurso seria cabível e a quem seria dirigido.

Nossa proposta de modificação seria possibilitar o acesso das partes processuais diretamente ao tribunal superior, com a alegação de superação em preliminar de recurso a ser analisada de pronto pelo tribunal que exarou o precedente, caso presente os outros pressupostos recursais.

A previsão normativa poderia ser no seguinte sentido, incluída no inciso “V” do art. 1.030, CPC: “arguida à necessidade de superação e/ou modificação do precedente, em preliminar de recurso, e presentes os demais pressupostos recursais, o recurso será remetido ao Tribunal Superior que fixou a tese vinculante”.

A análise deste requisito poderia seguir, em linhas gerais, termos parecidos com o que hoje é previsto para a repercussão geral.

Assim, a existência de razões que fundamentem a necessidade de superação ou modificação do precedente deveria ser aventada em preliminar de recurso, a ser analisada exclusivamente pelo tribunal que exarou o precedente. Não reconhecidas razões que justifiquem o alegado, o relator não passaria ao mérito do recurso. Reconhecidas as razões, o tribunal poderia instaurar procedimento de julgado apto a realizar o *overruling*.

Frisa-se, ademais, que as razões postas em preliminar teriam de ser sérias e robustas, de modo que, na eventual ausência de seriedade dos argumentos aventados, seria possível caracterizar a conduta processual como litigância de má-fé, nos termos do art. 80, VII, CPC, com aplicação das penalidades processuais cabíveis. Desse modo, seria coibida a utilização indiscriminada da alegação de superação do precedente.

Acredita-se que assim restaria ressalvada a participação ampla das partes no processo de superação, com possibilidade de influência direta no processo decisório do tribunal superior. Também estaria a salvo a competência do tribunal superior que fixou a tese, que é aquele competente para analisar acerca dos pressupostos de superação/modificação do precedente em si.

4.2. Atuação direta do Judiciário

Em seguimento, cumpre apontar que há interpretações no sentido de que, mesmo sem mudança legislativa, seria possível que o próprio Poder Judiciário, como um todo, poderia atuar reconhecendo a superação de um precedente.

Uma vez mais, nos valem do posicionamento de Leonardo Schenk¹⁰ sobre o tema:

O art. 489, § 1º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656), tão caro a todos, reputa não fundamentada a decisão judicial que, inciso VI, “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

É preciso atentar para a parte final.

Havendo fundamentação apoiada na existência de circunstâncias concretas que autorizam a superação e, com maior razão, a modificação do entendimento anterior, o tribunal de origem (e também os juízes na primeira instância) poderá, no caso concreto, deixar de seguir o padrão decisório anterior.

A autorização decorre da garantia constitucional do contraditório.

A interpretação parte do art. 489, § 1º, VI, CPC, que, em resumo, e para o que interessa nesse estudo, informa não se considerar fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir precedente obrigatório sem demonstrar a superação do entendimento.

Ou seja, a ideia seria no sentido de que qualquer tribunal de segundo grau e também juízes de primeira instância poderiam deixar de aplicar um precedente, desde que com a devida fundamentação.

¹⁰ SCHENK, Leonardo Faria, **Superação da tese firmada em recursos repetitivos no CPC/2015: propostas para assegurar o acesso dos interessados aos tribunais superiores**, p. 221/222.

Necessário pontuar que essa decisão somente geraria efeitos para o caso concreto posto em julgamento, não havendo menção, obviamente, em superação do precedente como um todo, pois somente pode ser operado pelo tribunal que o emitiu.

Em apertada síntese, o entendimento do autor é que tal sistemática abriria espaço para o debate da superação, pois, além de haver influência das partes perante os órgãos de origem, inevitavelmente, o recurso extremo interposto contra a decisão chegaria ao tribunal superior que emitiu o precedente.

Apesar de acreditarmos que a interpretação dada ao dispositivo se sustenta, temos algumas ressalvas a fazer.

Na hipótese, não se discorda da importância da atuação dos órgãos de origem na influência da superação/modificação de um precedente, de modo que não haveria óbices jurídicos a que o magistrado venha a fundamentar uma decisão com base nesse argumento.

Ocorre que, a nosso ver, defender que qualquer magistrado ou desembargador venha a considerar que um precedente está superado e começar a aplicar tal entendimento, pode causar um desequilíbrio no sistema de precedentes.

Isso se tem, visto que com o argumento de superação do precedente, apoiado em eventuais razões das partes processuais, poderia haver verdadeira burla ao sistema de precedentes obrigatórios, de modo que uma sentença ou acórdão de segundo grau, facilmente iria deixar de aplicar o entendimento fixado, com fundamento na superação deste.

Logo, poderia acarretar imensa insegurança jurídica diante de atuação do próprio judiciário.

Nesse sentido, acredita-se que deve haver uma atuação ponderada do Judiciário nessa situação, de modo que, caso o magistrado de primeiro grau ou o tribunal de segundo grau entendam pela superação do entendimento fixado, seria de todo prudente envolver o tribunal que fixou o precedente.

Fato é que não há regramento específico no CPC para esse tipo de conduta.

Nada obstante, acredita-se que seria viável provocar essa comunicação com o tribunal superior por duas vias.

A primeira delas, promovendo a admissibilidade do recurso extremo, na hipótese de o tribunal de segundo grau entender pela superação/modificação do precedente.

Dar-se-ia na seguinte situação: um acórdão julga o caso com base em um precedente já fixado. A parte insatisfeita interpõe recurso extremo, trazendo razões no sentido de que o precedente deveria ser superado/modificado. Em sede de análise de admissibilidade recursal, a conduta lógica da presidência do tribunal seria a de negar seguimento ao recurso, com base no art. 1.030, I, CPC. No entanto, caberia à presidência proceder a uma análise sobre os argumentos acerca da superação do precedente e, se entender plausíveis as razões, remeteria o recurso ao tribunal superior competente.

Dessa maneira, se respeitaria a competência do tribunal superior, que decidiria sobre a superação ou não do precedente.

O problema dessa interpretação é no sentido de que um recurso, manifestamente inadmissível, estaria sendo admitido por razão outra, o que poderia gerar possível alegação de violação ao próprio art. 1.030, I, CPC.

Em seguida, entendemos que seria possível postular por uma espécie de aplicação analógica do art. 986, CPC¹¹.

O referido dispositivo está inserido no capítulo que prevê o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) (art. 976 a 987, CPC). O art. 977, CPC, informa sobre as partes legítimas pedirem a instauração do IRDR. Já o art. 986, CPC, traz a possibilidade de alguns dos legitimados solicitarem a revisão do precedente ao tribunal que o fixou, bem como modificação de ofício pelo tribunal.

Tal pedido de revisão aparece no dispositivo como sendo autônomo, sem estar vinculado à existência ou não de eventual recurso sobre o tema.

Trata-se, em nosso sentir, de uma das únicas passagens do código que informa sobre uma forma de provocar a revisão/superação de um precedente.

Nota-se a preocupação do legislador, neste ponto, ao prever tal sistemática ao IRDR.

É o caso, portanto, no qual o tribunal, de ofício, pode revisar seu entendimento, bem como ser instado a modificá-lo/superá-lo por meio de provocação do Ministério Público ou pela Defensoria Pública (art. 977, III, CPC).

A excelente previsão do dispositivo é exatamente pelo fato de possibilitar uma via de provocação ao tribunal que fixou o precedente, levando razões para a revisão do incidente, por meio de simples requerimento dos legitimados indicados.

Não fora feita previsão idêntica para casos de julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivos.

No entanto, acredita-se que a ideia genérica do dispositivo relacionado ao IRDR possa ser aplicada também para provocação de tribunais superiores em outros casos de julgamentos repetitivos e formadores de precedentes obrigatórios.

Nesse ponto, interessante trazer à tona o que Didier Júnior entende como o microsistema¹² de julgamentos repetitivos.

¹¹ Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União: Brasília, DF, Seção 1, publicada em: 17 mar. 2015, Página 1, art. 986

¹² “O IRDR e os recursos especial e extraordinário repetitivos compõem, por isso, dois microsistemas, cada um deles relacionado a uma de suas duas funções.

Eles integram o microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC) e pertencem ao microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios.

[...]

Seria o caso de as normas previstas para IRDR e para recursos repetitivos formarem um sistema de normas que se interpenetram e se intersubsidiem.

Assim, há verdadeira legitimidade em postular aplicações de normas previstas somente no âmbito do IRDR a outras hipóteses de julgamento de casos repetitivos e formação de precedentes obrigatórios.

E se é possível falar em utilização de regras comuns para formação dos precedentes, com muito mais lógica, a possibilidade de aplicação de normas relacionadas à superação/revisão do precedente.

No entanto, a ideia deste artigo não é no sentido de aplicação direta do dispositivo em si. Seria apenas para justificar a possibilidade de provocação do tribunal superior pelo tribunal *a quo*.

O fato é que o art. 986, CPC, possibilita a provocação do tribunal até mesmo por partes processuais. Com muito mais razão seria possível entender pela possibilidade de que o tribunal *a quo*, visualizando a ocorrência de razões que justificam a superação de um precedente, vir a provocar o Tribunal Superior que fixou o precedente a instaurar um procedimento para formalizar o *overruling*.

Tratar-se-ia, desse modo, de mera comunicação feita entre tribunais, de modo que o tribunal *a quo*, que, de ofício, ou por provocação das partes processuais, iria solicitar a manifestação e análise do tribunal superior acerca da instauração de procedimento de superação do precedente.

Logo, tratar-se-ia de uma comunicação autônoma, desvinculada de um recurso a ser ou não admitido pelo tribunal *a quo*.

Restaria resguardada, nessa hipótese, a aplicação do art. 1.030, I, CPC, não se falando em violação ao referido dispositivo.

Afora disso, ficaria a salvo o próprio sistema de precedentes obrigatórios, de modo que o tribunal *a quo* não iria deixar de aplicar o entendimento fixado por interpretação própria, pois aguardaria a manifestação do tribunal superior competente para análise da superação/revisão ou não da tese.

Assim, em nosso sentir, com a referida possibilidade de comunicação direta entre os órgãos do Judiciário, seria preservada a força vinculante dos precedentes judiciais, bem como traria a participação dos órgãos do Judiciário na superação de precedentes, sem ferir a competência para superação do mesmo.

Aplicam-se ao IRDR e aos recursos repetitivos, enfim, tanto as normas relativas à gestão e julgamento de casos repetitivos (a exemplo da paralisação de processos à espera da decisão paradigma) como as que dizem respeito à formação e aplicação de precedentes obrigatórios". DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência original de tribunal. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 730.

4.3. Reclamação como sucedâneo

Sabe-se que as propostas supracitadas têm como pressuposto algumas condições específicas para serem implementadas. A primeira, uma mudança legislativa, a segunda uma mudança de postura do próprio Judiciário.

É importante analisar a conjectura que nos cerca, de maneira que é possível perceber que, no dia a dia de trabalho perante tribunais, atualmente a aplicação de precedentes é feita quase que de modo automático pelos julgadores.

Isso se tem pelo que podemos crer, por algumas razões, pelo intenso volume de processos a que o Judiciário está submetido e a própria nova ideia de força vinculante dos precedentes. Assim, torna-se muito mais ágil e correto juridicamente aplicar, de pronto, uma tese jurídica determinada, dando fim ao processo, do que abrir espaço para discussões que irão inchar ainda mais o sistema atual.

Necessário ter essa perspectiva crítica sobre o que ocorre na prática, para evitar propostas que consideram um mundo ideal, no qual os operadores do direito, junto a processos de caráter repetitivo, teriam tempo hábil para realizar análises profundas sobre o tema posto em julgamento, quando este já conta com uma definição por tribunal superior enquanto precedente vinculante.

Diante desta ótica, com a ideia de possibilitar direta participação das partes, acredita-se que uma solução prática seria utilizar alguma ferramenta já existente no código, apta a possibilitar a participação direta das partes na influência sobre superação ou modificação de precedentes.

Nessa toada, de início, cita-se posição doutrinária¹³ que entende que, caso a parte pretendesse apontar a superação do precedente, seria cabível apresentar mera petição simples diretamente ao tribunal superior, apresentando suas razões.

Acreditamos que a falta de forma ao referido pedido poderia gerar verdadeiro abuso, e uso desarrazoado do mesmo.

A partir daí, apontar a reclamação constitucional como o instituto disponível em nosso ordenamento que possibilitaria as partes processuais a levarem suas razões de superação, ao tribunal superior que fixou o precedente.

Importante mencionar que o uso da reclamação já é tido expressamente para o caso de demonstração de distinção (Art. 988, § 4º, CPC¹⁴).

No entanto, não fora feito da mesma forma para prever acerca da superação pelo que sua utilização demandaria outro argumento.

Entende-se aqui que seria possível a utilização da reclamação para preservar a competência do tribunal de modificar o precedente por ele fixado.

¹³ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 162.

¹⁴ “Art. 988 [...]”

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam” BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 988.

Este argumento derivaria de aplicação direta dos art. 102, I, “1”, e 105, I, “f”, da CRFB/1988, no que toca a necessidade de preservação de sua competência, bem como à garantia de autoridade de suas decisões.

Nota-se que seria possível a utilização da reclamação tanto para caso de instar o tribunal a se manifestar sobre a necessidade de superação de seus precedentes, preservando sua competência, bem como para hipótese de aplicação equivocada de precedentes, garantindo a autoridade de suas decisões.

Haveria, em nosso sentir, mais coerência se a reclamação fosse utilizada tanto para caso de distinção quanto de superação de precedentes, apesar de se reconhecer que se trataria de verdadeiro esforço interpretativo para possibilitar sua utilização.

A possibilidade de utilização da reclamação para promover essa provocação já foi, inclusive, levantada pelo ministro. Dias Toffoli, no julgamento de Agravo Regimental na Reclamação nº 28.605/DF. Vejamos:

Tenho assentado que, muito embora a jurisprudência desta Suprema Corte tenha se firmado no sentido de que o agravo dirigido ao Supremo Tribunal Federal, bem como a reclamação constitucional ajuizada originariamente nesta Corte, não são o meio adequado para a parte questionar decisão de Tribunal a quo mediante a qual se julga prejudicado recurso aplicando a sistemática da repercussão geral (AI nº 760.358/SEQO, Relator o Ministro Gilmar Mendes e Reclamações nº 7.569/SP e 7.547/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie), em casos excepcionais, a reclamatória exsurge como instrumento de promoção do diálogo, nesta Suprema Corte, entre o caso concreto e os precedentes obrigatórios, cuja admissibilidade está condicionada à efetiva demonstração de a) desrespeito à autoridade da decisão do STF, porquanto configurada errônia na aplicação do entendimento vinculante a evidenciar teratologia da decisão reclamada; ou b) usurpação da competência do STF, pois existente, a) no caso concreto, peculiaridades que impossibilitam a aplicação adequada da norma de interpretação extraída do precedente (*distinguishing*) a demandar pronunciamento desta Suprema Corte acerca da matéria constitucional no caso concreto, acaso verificada repercussão geral, ou, b) *a necessidade de revisitação dos fundamentos do precedente, tendo em vista a alteração do ordenamento jurídico vigente ao tempo do julgamento ou das circunstâncias fáticas históricas que impactaram a interpretação da norma, com possibilidade de sua superação (overruling)*.¹⁵

Nota-se que a possibilidade aventada, foi informada por meio de passagem no voto do ministro, não sendo o ponto fulcral do julgamento mencionado.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental na Reclamação n. 28.605 Distrito Federal**. Agravo regimental na reclamação. Repercussão geral. Errônia na adequação do caso concreto às normas de interpretação extraídas dos precedentes obrigatórios do STF. Agravo regimental não provido. Relator: Min. Dias Toffoli, 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748029442>. Acesso em: 20 out. 2022. Grifo nosso.

Nada obstante, já demonstra uma aceitação inicial da utilização do instituto, ao menos enquanto não se tenha criado outro meio por legislação própria.

5. CONCLUSÃO

Como visto, possível perceber que o tema não é pacífico, não havendo disposição legislativa específica, nem mesmo consenso entre doutrina e jurisprudência.

Este artigo, ao citar propostas, tem como objetivo colaborar com o debate de ideias, com a finalidade de adiantar a solução da falha demonstrada e evitar crises jurisprudenciais nos diversos tribunais do país.

Apesar de entendermos que a solução mais adequada, em curto prazo, seria a utilização da reclamação para suscitar o tribunal superior a alterar o precedente fixado, sabe-se também que não se trata de proposta isenta de críticas.

No entanto, a ideal modificação legislativa se mostra longínqua e difícil de ser alcançada no presente momento por contar com outras demandas mais urgentes ao legislativo.

Logo, será necessário aguardar uma manifestação mais solidificada dos tribunais superiores a respeito do tema, confiando que haja decisão que privilegie a participação ampla das partes processuais em procedimento de superação de precedentes, de modo a sustentar o máximo contraditório processual possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental na Reclamação n. 28.605 Distrito Federal**. Agravo regimental na reclamação. Repercussão geral. Erronia na adequação do caso concreto às normas de interpretação extraídas dos precedentes obrigatórios do STF. Agravo regimental não provido. Relator: Min. Dias Toffoli, 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748029442>. Acesso em: 20 out. 2022.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência original de tribunal. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. O STJ e a necessidade de meios para superação dos precedentes. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 nov. 2017. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-nov-22/opiniao-stj-meios-superacao-precedentes. Acesso em: 20 out. 2022.

SCHENK, Leonardo Faria. Superação da tese firmada em recursos repetitivos no CPC/2015: propostas para assegurar o acesso dos interessados aos tribunais superiores. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 311, n. 46, p. 215-232, jan. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Regimento interno do Tribunal de Justiça**. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/RegimentoInternoTJSP.pdf?d=1620702911021>. Acesso em: 20 out. 2022.

REQUISIÇÕES ADMINISTRATIVAS: ATUALIZAÇÕES À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Administrative requirements: updates in light of the democratic state of law

Alexandre Santos de Aragão¹

SUMÁRIO

1. Modalidade de intervenção do Estado na propriedade e na economia; 2. Conceito e consequências das requisições administrativas; 3. Direito comparado; 4. Leis a respeito das requisições administrativas e competência legislativa privativa da União; 5. Competências materiais para efetuar as requisições; 6. Direitos dos titulares dos bens ou serviços requisitados; 6.1. Proporcionalidade da medida; 6.2. Devido processo legal e contraditório; 6.3. Direito à indenização; 6.4. Princípio da igualdade e da impessoalidade; 6.5. Dignidade da pessoa humana; 7. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

A requisição administrativa é um dos mais fortes e típicos poderes de império e de verticalidade do Estado sobre os particulares. Por sua própria natureza e requisitos de estado de necessidade pública, o risco de se desvirtuar o instituto dos limites e garantias próprias do Estado Democrático de Direito é ainda maior em comparação a outros mecanismos ablatórios e limitadores do Direito Administrativo. O fato de a maior parte de sua legislação tradicional ter sido editada em fase de guerra ou ditaduras torna ainda mais primordial a atualização do instituto à luz da ordem constitucional vigente. Nesse contexto, os princípios gerais do ordenamento podem servir como importante bússola hermenêutica na interpretação e aplicação do instituto, principalmente quando atentos aos aspectos econômicos inevitavelmente dele indissociáveis. O instituto ganha ainda mais relevância em momentos de grande comoção pública, como durante a pandemia ocasionada pela covid-19, em que a escassez de insumos e até mesmo a ausência de recursos públicos atuais no orçamento para o combate à doença trazem a disciplina da requisição novamente aos holofotes. O objetivo deste trabalho, portanto, é revisitar o instituto, conformando-o aos pilares do Estado Democrático de Direito, a exemplo do que já ocorreu em outras modalidades de intervenção estatal no domínio privado.

Palavras-chave: Intervenção do Estado. Requisição Administrativa.

ABSTRACT

Administrative requisition is one of the strongest and most typical empire and vertical powers of the State over individuals. Due to its nature and the requirements of a state of public need, the risk of distorting the institute regarding the limits and guarantees proper to the Democratic State of Law is even greater than regarding other Administrative Law ablativ and limiting mechanisms. Since most of its traditional legislation was enacted during the war or dictatorships makes it even more essential to update the institute in the light of the current constitutional order. In this context, general principles can serve as an important hermeneutical compass to interpretation and application of the institute, especially when they mind the economic aspects inevitably inseparable from it. The institute gains even more relevance in times of great public commotion, such as during the pandemic caused by the COVID-19,

¹ Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do estado do Rio de Janeiro. Árbitro. Advogado.

in which the scarcity of inputs and even the absence of current public resources in the budget to fight the disease bring the discipline of requisition again to the spotlight. This study aims, therefore, to revisit the institute, conforming it to the pillars of the Democratic Rule of Law, as has already taken place in other types of state intervention in the private domain.

Keywords: State Intervention. Administrative Requisition.

1. MODALIDADE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E NA ECONOMIA

Grande parte das regras de Direito Público fixa os limites dentro dos quais as pessoas podem exercer seu direito de propriedade e as liberdades asseguradas pela Constituição (de locomoção, de expressão, de reunião, de contratar etc.). A ordem constitucional garante essas liberdades e as propriedades, mas também dá a base para que elas não possam ser exercidas de qualquer maneira.

Quando se fala de limitações administrativas não se quer dizer que elas sejam necessariamente criadas pela Administração Pública, mas sim que a aplicação delas cabe à Administração. Muitas dessas limitações podem ser criadas por regulamento administrativo (com base em lei, naturalmente), mas grande parte é estabelecida na própria lei ou decorre diretamente da ponderação de interesses constitucionalmente tutelados.

As limitações administrativas apenas conformam o conteúdo do Direito em função dos demais direitos – individuais, coletivos e difusos – envolvidos, sem extingui-lo no todo ou em parte. Já as restrições ou ablações administrativas extinguem o direito, ou lhe retiram realmente parte de suas faculdades, ainda que temporariamente, indo além do que pode ser feito pelas limitações administrativas, que são simplesmente as limitações que ordinariamente todos devemos sofrer para viabilizar a vida conjunta em sociedade.

Ambos os institutos são expressões da ponderação entre direitos e valores constitucionais. Mas, nesses casos, a ponderação leva a uma ablação de faculdades do proprietário mais grave e extraordinária que as ponderações que levam a meras limitações administrativas, que já podem ser esperadas como uma normal redução das esferas de liberdades individuais para que todos possam viver harmonicamente, razão pela qual nem chegam a gerar indenização².

Como um dos clássicos modelos de intervenção do Estado na propriedade e na ordem econômica, aparece a requisição administrativa.

As primeiras notícias de modalidade ablatória similar à requisição datam ainda do antigo Egito, onde o Estado, representado pelo Faraó, utilizava estruturas

² Ex.: se tenho um terreno, devo esperar que não poderei construir nele o que quiser, a meu bel-prazer (uma indústria em zona residencial, um prédio na praia que impeça o sol na areia etc.). Mas não espero normalmente que o Estado vá retirar a minha propriedade para construir uma escola pública no terreno.

particulares (como, por exemplo, os dutos de irrigação) com o objetivo de servir à coletividade, para além dos limites da propriedade do titular dos bens³.

Costuma-se aduzir doutrinariamente, contudo, que o instituto, tal como conhecemos hoje, teve efetiva origem normativa posteriormente, em âmbito bélico. Afirma a literatura que “a gênese do instituto da requisição administrativa está ligada diretamente à atuação das forças armadas, tendo por objetivo a defesa do território, a manutenção da soberania e o resguardo da segurança”⁴.

Prova disso é que algumas das primeiras previsões do instituto da requisição no direito brasileiro admitiam a utilização da ferramenta somente em cenários de guerra ou comoção interna grave, conforme se verifica do Código Civil de 1916⁵ e das Constituições Federais de 1934⁶ e 1946⁷.

Com a evolução da sociedade e a consolidação da concepção de que a propriedade é “um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade”⁸, passou-se a admitir também a chamada requisição civil, que, embora seja espécie de um mesmo gênero, difere da requisição militar pois, enquanto aquela “visa a evitar danos à vida, à saúde e aos bens da coletividade;

³ Acácio Vaz Lima Filho ensina que “o Egito, na época menfita, é um vasto domínio privado. Isto não impede, no entanto, que, na prática, a regulamentação das terras seja variada. [...] Particulares também possuem terras. O Faraó tem sobre elas um ‘domínio iminente’, que não impede ao particular o direito à livre exploração, ou mesmo a alienação das terras. O domínio superior do Faraó, contudo, faz-se sentir por meio de requisições pesadas e frequentes”. LIMA FILHO, Acácio Vaz. Organização política, jurídica e social do Egito no antigo império. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 53-54, jan./dez. 2009.

⁴ MORAES FILHO, Marco Antônio de Praxedes. Requisição administrativa constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva. *Controle*, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 113-140, jan./jun. 2018. p. 117.

⁵ “Art. 591. Em caso de perigo iminente, como guerra, ou comoção intestina (Constituição Federal, art. 80), poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, garantido ao proprietário o direito à indenização posterior” (BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Rio de Janeiro, p. 133, 5 jan. 1916).

⁶ Art. 113, n. 17. “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior” (BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*: seção 1, Rio de Janeiro, p. 1, 17 jul. 1934).

⁷ Art. 141, “§ 16 – É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior” (BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. *Diário Oficial da União*: seção 1, Rio de Janeiro, p. 13059, 19 set. 1946).

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 725.

a requisição militar objetiva o resguardo da segurança interna e a manutenção da Soberania Nacional”⁹.

Assim, a partir da Constituição de 1967¹⁰, as requisições administrativas passaram a ser admitidas no Direito brasileiro também quando diante apenas de “perigo iminente”, ainda que em períodos de paz¹¹. Esse é o tratamento conferido a matéria até hoje, conforme consagrado no texto constitucional de 1988¹².

Nada obstante, é certo que o instituto se reveste de maior relevância em momentos de grande comoção pública, como durante a pandemia ocasionada pela covid-19. A escassez de insumos e até mesmo a ausência de recursos públicos atuais no orçamento para o combate à doença trazem a disciplina da requisição novamente aos holofotes.

Buscaremos, neste trabalho, revisitar o instituto, conformando-o aos pilares do Estado Democrático de Direito, a exemplo do que já ocorreu em outras modalidades de intervenção estatal no domínio privado.

Durante a evolução histórica do Direito Administrativo, temas como as cláusulas exorbitantes e o próprio poder de polícia da administração pública foram atualizados à luz dos direitos fundamentais, eficiência e demais diretrizes constitucionais¹³. O mesmo tratamento se impõe ao tema da requisição administrativa, fundamental não apenas para momento de pandemia, mas também para os possíveis cenários futuros de necessidade e urgência.

2. CONCEITO E CONSEQUÊNCIAS DAS REQUISIÇÕES ADMINISTRATIVAS

A requisição pode ser definida como o ato administrativo autoexecutável que determina a utilização de bens, móveis ou imóveis, ou serviços particulares

⁹ Ibidem, p. 759.

¹⁰ “Art. 150, § 2º [...] em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior” (BRASIL. [Constituição (1967)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 953, 24 jan. 1967).

¹¹ A despeito da previsão constitucional, alguns autores, como Bandeira de Mello consideram exemplos de requisição hipóteses comuns no dia-a-dia, como “a requisição de serviços para prestação de serviço militar a que se sujeitam todos os jovens do sexo masculino que completarem 18 anos (art. 5º da Lei 4.375 (17.8.1964) ou para prestação de serviço eleitoral nas mesas receptoras de votos (art. 120 e § 4º, do Código Eleitoral, Lei 4.737 de 15.7.1965) – e os de requisição de bens – para instalação de mesas receptoras de votos (art. 135, §§ 2º e 3º e 137 do mesmo Código)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 922).

¹² “Art. 5º. [...] XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”. (BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988).

¹³ Sobre o tema, já afirmamos doutrinariamente que “Se o Estado e a sociedade mudaram, nada mais natural que o poder de polícia acompanhe essa mudança, mantendo os seus traços característicos de limitação da liberdade e da propriedade em prol dos interesses da sociedade, mas impondo obrigações aos particulares afinadas com o novo contexto social e jurídico” (ARAGÃO, Alexandre. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 377).

pelo Poder Público, com indenização posterior (art. 5º, XXV, Constituição Federal), para atender às necessidades coletivas urgentes e transitórias.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello,

[...] a requisição é o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e autoexecutório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa *in natura*, obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado.¹⁴

Seu fundamento axiológico é o estado de necessidade pública, que não poderia esperar nem mesmo a imissão provisória na posse em uma ação de desapropriação, em se tratando de requisição de bens.

Quando se tratar de bens móveis fungíveis ou de consumo (ex.: gêneros alimentícios), terá semelhanças com a desapropriação pela impossibilidade de devolução posterior do bem, dela diferenciando-se, no entanto, a) por ser autoexecutável, isto é, independer de qualquer imissão na posse por ato judicial¹⁵; e b) em razão de a indenização ser posterior.

Se o bem for infungível (por exemplo, um terreno particular onde foram montadas tendas para atendimento médico emergencial), passada a situação emergencial, o bem é devolvido ao particular e a indenização se limita ao tempo em que o particular tiver sido suprimido da posse do bem pelo Poder Público. O mesmo raciocínio se aplica *mutatis mutandis* à requisição de serviços.

Sob o ponto de vista da indenização ser apenas *a posteriori*, a requisição pode ser considerada como uma modalidade interventiva ainda mais intensa que a desapropriação e, nesta senda, cumpre realizar a primeira das nossas ressalvas à utilização do instituto.

O art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), na redação dada pela Lei nº 13.655/2018, prevê que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”¹⁶. O dispositivo legal positivou a chamada atuação consequencialista da Administração Pública, há muito consagrada no âmbito do Direito Econômico. Essa previsão geral, que busca orientar

¹⁴ MELLO, op. cit., p. 921.

¹⁵ Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “a requisição não depende de intervenção prévia do Poder Judiciário para sua execução, porque, como ato de urgência, não se compatibiliza com o controle judicial *a priori*. É sempre um ato de império do Poder Público, discricionário quanto ao objeto e oportunidade da medida, mas condicionado à existência de perigo público iminente” (MEIRELLES, op. cit., p. 759).

¹⁶ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018.

a conduta administrativa em um sentido responsável, atento aos desdobramentos fáticos de suas decisões, se reveste de especial relevância também no estudo do instituto da requisição.

Para o bom funcionamento do mercado e a manutenção das atividades de fornecimento, é preciso que haja capital de giro disponível para as empresas. A roda da produção, distribuição e revenda de insumos se mantém girando regularmente apenas se, na última fase da cadeia, entrarem recursos suficientes para manter o resto da estrutura operante.

Tomando em conta que a requisição, em regra, gera indenização somente *a posteriori*, é possível que, se utilizada em larga escala, a ferramenta venha a desestabilizar todo um setor produtivo, que, sem ter os recursos para produzir à sua disposição, pode não ser capaz de continuar a prover os produtos requisitados à longo prazo.

Nesse contexto, há quem alerte que, “caso haja requisição administrativa sem pagamento imediato, a melhor decisão do comerciante é sair do mercado, para não aumentar seu prejuízo”¹⁷. Portanto, para que não se esvazie o setor econômico, é preciso que haja bom-senso por parte da Administração Pública. Deve-se, em linha com o que estabelece a LINDB, antever as possíveis consequências deletérias virtualmente decorrentes da requisição e utilizá-la somente na exata medida do necessário.

Poderia não ser proveitoso, por exemplo, que todos os respiradores médicos disponíveis fossem de uma só vez requisitados, uma vez que, sem a manutenção de uma parcela mínima das mercadorias no mercado, talvez não restassem disponíveis a médio ou longo prazo outros aparelhos, pelo simples fato de não haver quem os fornecesse, pelo menos em um preço razoável, no mercado interno.

3. DIREITO COMPARADO

Nas diversas constituições e legislações ao redor do mundo existem manifestações análogas de uma Administração vertical e coativa, necessária para que o Estado logre suas finalidades sociais, econômicas e políticas¹⁸.

No ordenamento jurídico francês, berço do Direito Administrativo, a requisição é conceituada como a “limitação de direito de liberdade individual e de

¹⁷ CAMELO, Bradson; FRANCA FILHO, Marcilio Toscano. Aspectos econômicos da requisição administrativa: faltam estudos empíricos sobre o impacto das requisições administrativas no mercado. *Jota*, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/aspectos-economicos-da-requisicao-administrativa-12042020>. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁸ NEGRETE, Alfonso Nava *et al.* La requisición administrativa. *Revista de Estudios de Derecho Público*: Justicia Administrativa en México e Iberoamérica, Ciudad de México, DF, n. 1, p. 429-445, dez. 2001. p. 436.

propriedade que se impõe em razão do interesse geral, criada para atender necessidades urgentes e excepcionais e cobrir a insuficiência dos meios legais usuais¹⁹.

Nas palavras de Eloise Beauvironnet, “a abertura do direito de requisição está condicionada à ocorrência de circunstâncias particulares, como a emergência e a incapacidade correspondente da Administração de remediá-la por seus próprios meios”²⁰.

No direito espanhol, a literatura também reconhece que “o normal é que, em tempo de paz, o contrato bilateral seja usado, embora, em tempos de calamidade, o uso de meios unilaterais de cumprimento forçado não sejam incomuns”²¹.

Conforme aduz David Blanquer, exemplos de requisição no ordenamento jurídico ibérico podem ser verificados pelo menos desde as guerras carlistas do século XIX. De acordo com o autor,

[...] a Ordem Real de 4 de outubro de 1838 estabeleceu a requisição “em todas as províncias da monarquia de quantos cavalos domesticados ou guardiões fossem úteis para suprir o corpo de cavaleiros”. Essa medida de emergência justificava-se diante da necessidade urgente de transporte, da escassez de recursos do Tesouro Público e da lentidão burocrática na celebração de contratos.²²

No Direito italiano, a requisição, modalidade clássica das chamadas *ablazioni* ao direito de propriedade, é conceituada como

[...] uma disposição administrativa que tem como suposição a necessidade urgente: diz respeito a bens móveis e imóveis e implica, tendo em vista o atendimento de uma necessidade premente da comunidade que não pode ser satisfeita de outro modo, a possibilidade de poder usar o bem (que assumem a propriedade do proprietário) pelo tempo necessário, mediante o pagamento de uma indenização.²³

¹⁹ No original, “*La Limitation des droits de liberté individuelle et de propriété [...] qu’impose l’intérêt general*” (DUCÔS-ADER, Robert. **Le droit de réquisition: théorie générale et régime juridique**. Paris: LGDJ, 1957. t. 4, p. 83).

²⁰ No original, “*Créé pour répondre à des besoins urgents et exceptionnels et parer à l’insuffisance des moyens juridiques habituels, l’ouverture du droit de réquisition est conditionnée à l’occurrence de circonstances particulières. Celles-ci se rapportent au constat d’une situation d’urgence et de l’incapacité corrélatrice de l’Administration d’y remédier par ses propres moyens*” (BEAUVIRONNET, Eloise. *La réquisition en droit administratif français*. **Journal de Droit Administratif**, Paris, 11 avr. 2020).

²¹ BLANQUER, David. **Derecho Administrativo**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 557.

²² No original, “*la Real Orden de 4 de octubre de 1838 estableció la requisa “en todas las provincias de la monarquía de cuantos caballos domados o cerreros haya útiles para remontar los cuerpos de caballería”. Esa medida de emergencia se justificó ante la perentoria necesidad de transporte, la escasez de recursos de la Hacienda Pública y la lentitud burocrática en la celebración de contratos*” (BLANQUER, op. cit., p. 557).

²³ No original, “*la requisizione in uso è un provvedimento che ha come presupposto l’urgente necessità: essa riguarda beni sia mobili sia immobili e comporta, in vista della cura di un’emergenza pressante della collettività, l’insuscetibilità di essere soddisfatta altrimenti, la possibilità di poter utilizzare il bene (che rimane in proprietà del titolare) per il tempo necessario e pagando un’indennità*”. (CASSETTA, Elio. **Manuale di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 353).

Já no Direito norte-americano a disciplina requisitória em muito se assemelha aos “*property takings*”, modalidades de intervenção estatal na propriedade que podem recair sobre “todos os tipos de propriedade, tangível ou intangível, incluindo, mas não se limitando, à propriedade pessoal, aos direitos contratuais e aos segredos comerciais”²⁴, sempre com o objetivo de servirem ao uso público.

Esse poder, cuja expressão mais proeminente é a desapropriação, foi previsto no ordenamento estadunidense pela primeira vez na última cláusula da quinta emenda à Constituição dos Estados Unidos. Eles podem ser definitivos ou temporários, como no caso da requisição, podendo servir ainda aos objetivos regulatórios da Administração Pública (*regulatory takings*). Assim como no ordenamento brasileiro, a Constituição norte-americana também prevê uma justa indenização no caso dos *takings*²⁵.

Verifica-se, dessarte, que o uso temporário da propriedade privada pela Administração é amplamente recepcionado não apenas pelo Direito brasileiro, mas também por diversos outros ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

4. LEIS A RESPEITO DAS REQUISIÇÕES ADMINISTRATIVAS E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO

No sistema brasileiro, tanto a requisição civil (para garantir a vida, a saúde ou os bens da coletividade) como as militares (para resguardo da segurança interna e da soberania nacional) podem ser, em tese, nos casos de extrema necessidade pública, efetuadas independentemente de norma legal regulamentadora, com empa diretamente na Constituição Federal, mas sempre atendendo à ponderação dos interesses públicos e privados que estiverem em jogo (ex.: requisição verbal de um veículo particular para que policial possa perseguir um criminoso).

Ainda assim, editando-se legislação sobre o tema, a competência legislativa recairá exclusivamente sobre a União, nos termos do art. 22, III da Constituição Federal²⁶.

Nesse contexto, há algumas leis, sempre federais (art. 22, III, Constituição Federal), que versam sobre situações específicas, como as que estabelecem requisições

²⁴ LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Takings*. **Legal Information Institute**, Ithaca, NY, [2022]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/takings>. Acesso em: 20 out. 2022.

²⁵ “A propriedade privada não pode ser tomada por uso público sem justa compensação”. No original, “*private property [shall not] be taken for public use, without just compensation*” (UNITED STATES OF AMERICA. Constitution of the United States: Fifth Amendment. **Constitution Annotated**, Washington, DC, [2020]. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-5/#:~:text=No%20person%20shall%20be%20held,the%20same%20offence%20to%20be>. Acesso em: 20 out. 2022).

²⁶ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] III – requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra” (BRASIL, 1988).

de leitos e serviços hospitalares (art. 15, XIII, Lei nº 8.080/1990) e requisições em caso de acidente aéreo (art. 53, Lei nº 7.565/1986) etc.

Em tempo de guerra, tanto as requisições civis como as militares devem atender ao Decreto-Lei nº 4.812/1942. Na matéria, outra relevante disciplina se extrai do art. 4º da Lei nº 11.631/2007, que dispõe sobre a mobilização nacional e cria o Sistema Nacional de Mobilização (Sinamob).

Para os fins deste trabalho, no entanto, destacamos a previsão contida na Lei nº 13.979/2020, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da pandemia decorrente do novo coronavírus. Nos termos do diploma, foi estabelecido que:

Art. 3º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas: [...] VII – requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa;²⁷

O § 1º do artigo iniciado pelo trecho acima transcrito traz requisitos de aplicabilidade da medida:

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.²⁸

A competência legislativa exclusiva da União, contudo, não elide a possibilidade de regulamentação interno-administrativa da requisição em âmbito estadual ou municipal, uma vez se tratar de mecanismo utilizável por qualquer ente federativo.

Assim, é possível termos, sobre o assunto, desde decretos regulamentares, que são regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, tradicionalmente considerados os mais importantes entre as espécies normativas administrativas, e, por isso, situados no “ápice” dessa “pirâmide regulamentar”, até portarias, expedidas por ministros, secretários de Estado e dirigentes de entidades da Administração Indireta, e resoluções, fruto de deliberações tomadas por órgãos colegiados.

O estado de Pernambuco, por exemplo, dispôs, no art. 2º do Decreto estadual nº 48.809/2020, que:

§ 2º A requisição administrativa, a que se refere o inciso VI, deverá garantir ao particular o pagamento de justa indenização e observará o seguinte:

²⁷ BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 7 fev. 2020a.

²⁸ *Ibidem*.

I – Terá suas condições e requisitos definidos em portaria do Secretário de Saúde e envolverá, se for o caso:

a) Hospitais, clínicas e laboratórios privados, independentemente da celebração de contratos administrativos; e

b) Profissionais da saúde, hipótese que não acarretará a formação de vínculo estatutário ou empregatício com a administração pública.

II – A vigência não poderá exceder duração da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus.²⁹

Em sentido semelhante, verifica-se, no âmbito do estado do Rio de Janeiro, as seguintes disposições regulamentares no Decreto nº 47.312/2020:

Art. 2º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus-Covid-19, consideram-se insumos essenciais, passíveis de requisição administrativa, aqueles que envolvam bens ou serviços das seguintes atividades:

I – Assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares;

II – Assistência social e atendimento à população em estado de vulnerabilidade.

Art. 3º A requisição administrativa somente poderá ser efetuada nos casos de:

I – Prática de preços abusivos;

II – Negativa injustificada de fornecimento para o Município.³⁰

Todas essas disposições regulamentares, contudo, devem representar atos normativos bastante secundários em relação à lei federal, limitados a organizar internamente o cumprimento da lei federal, dentro do objeto por ela tratado.

5. COMPETÊNCIAS MATERIAIS PARA EFETUAR AS REQUISIÇÕES

Em que pese a competência legislativa exclusiva da União para legislar sobre a requisição, verifica-se que, materialmente, como já adiantamos, o instituto pode ser

²⁹ PERNAMBUCO. Decreto nº 48.809, de 14 de março de 2020. Regulamenta, no Estado de Pernambuco, medidas temporárias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, conforme previsto na Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**: coluna 1, Recife, p. 1, 15 mar. 2020.

³⁰ RIO DE JANEIRO (Município). Decreto nº 47.312, de 27 de março de 2020. Regulamenta a requisição administrativa para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da propagação do Coronavírus-Covid-19. **Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, p. 2, 28 mar. 2020.

utilizado por qualquer ente da federação, desde que para os serviços e objetivos de sua competência constitucional.

O próprio § 7º do artigo 3º da mencionada Lei nº 13.979/2020 estabeleceu que as medidas previstas nesta lei poderão ser adotadas pelo Ministério da Saúde e pelos gestores locais de saúde, respeitadas as condições e hipóteses lá estabelecidas, independentemente de autorização do Ministério da Saúde³¹.

Essa competência, comum para proceder à requisição vem suscitando interessantes debates. É certo que quando o cenário de necessidade e urgência se restringe ao âmbito local, os entes públicos podem proceder, sem maiores problemas, à utilização temporária do bem ou serviço necessário. Em cenários de calamidade nacional como aquele verificado por ocasião do novo coronavírus, contudo, a questão não se mostra assim tão simples.

O possível conflito de interesses entre diferentes entes da federação decorrente da necessidade de utilizar o mesmo bem ou serviço pode gerar o que chamamos de requisição sobre requisição, em que dois entes federativos distintos buscam se apropriar temporariamente do mesmo bem.

A Constituição Federal e as leis que disciplinam a questão supramencionada não tratam da questão, mais provável ainda em cenário pandêmico. Embora não se pretenda propor tratamento definitivo ao tema, acreditamos ser cogitável uma solução com base na interpretação sistemática da disciplina conferida a institutos semelhantes na legislação brasileira.

No caso da expropriação,

[...] a despeito de não ser reconhecido qualquer nível de hierarquia entre os entes federativos, dotados todos de competências próprias alinhadas no texto constitucional, a doutrina admite a possibilidade de desapropriação pelos entes maiores ante o fundamento da preponderância do interesse, no qual está no grau mais elevado o interesse nacional, protegido pela União, depois o regional, atribuído aos Estados e Distrito Federal, e por fim o interesse local, próprio dos Municípios.³²

Em sentido semelhante decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que, “concorrendo projetos da União Federal e do Estado-membro visando à instituição, em determinada área, de reserva extrativista, o conflito de atribuições será suscetível de resolução, caso inviável a colaboração entre tais pessoas políticas, pela aplicação do critério da preponderância do interesse,

³¹ “§ 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas: I – pelo Ministério da Saúde; II – pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do *caput* deste artigo; ou III – pelos gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e VII do *caput* deste artigo” (BRASIL, 2020a).

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 888.

valendo referir – como já assinalado – que, ordinariamente, os interesses da União revestem-se de maior abrangência”³³.

O raciocínio supracitado pode ser uma possível solução também na definição de prioridades em âmbito requisitório, na ocasião em que o mesmo bem ou serviço for perseguido por dois ou mais entes federativos distintos.

Seria possível argumentar, por outro lado, que a requisição deveria priorizar o ente federativo mais próximo do problema que se busca solucionar com a medida. Nesse sentido, caso União e Estado disputassem a requisição de insumos médicos que, de uma forma ou de outra, seriam incorporados ao sistema de saúde local, mostrar-se-ia de todo razoável que a preferência recaísse sobre o ente federativo menor, que, pelo menos em tese, teria mais informação e ingerência sobre suas necessidades sanitárias.

Além da hipótese de requisição sobre requisição, é possível observar litígios envolvendo a requisição de bens ou serviços de um ente federativo por outro. Pode um ente federativo requisitar bem ou serviço de outro ente?

Exemplo desse tipo de conflito ocorreu entre União e o estado do Maranhão, em que o Governo Federal requisitou 107 respiradores recém-adquiridos pelo estado, antes mesmo que os equipamentos chegassem em terras maranhenses. Muito embora ainda não houvesse ocorrido a tradição, meio tradicional de aquisição da propriedade mobiliária, o Supremo Tribunal Federal entendeu se tratar de hipótese de requisição administrativa sobre bens de outro ente federativo.

Nos termos da decisão liminar proferida pelo ministro Celso de Mello, a requisição de bens e/ou serviços somente poderia incidir sobre a propriedade particular, salvo em casos de decretação do estado de defesa e do estado de sítio:

Os bens integrantes do patrimônio público estadual e municipal acham-se excluídos, porque a ele imunes, do alcance desse extraordinário poder que a Lei Fundamental, tratando-se, unicamente, “de propriedade particular”, outorgou à União Federal (art. 5º, XXV), ressalvadas as situações que, fundadas no estado de defesa (CF, art. 136, § 1º, II) e no estado de sítio (CF, art. 139, VII), outorgam, ao Presidente da República, os denominados “poderes de crise”, cujo exercício está sujeito à rígida observância, pelo Chefe do Executivo da União, dos limites formais e materiais definidos pelo modelo jurídico que regula, em nosso ordenamento positivo, o sistema constitucional de crises ou de legalidade extraordinária, conforme ressaltam eminentes doutrinadores.³⁴

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 1.255 Roraima**. Relator: Min. Celso de Mello, 27 de junho de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630105>. Acesso em: 23 maio 2023.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tutela Provisória na Ação Cível Originária 3.385 Maranhão**. Relator: Min. Celso de Mello, 20 de abril de 2020c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/respiradores-maranhao.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

Também recentemente, a mesma Suprema Corte decidiu, em outra oportunidade, novamente em sede liminar, pela impossibilidade de requisição de bens públicos. Conforme o voto do ministro Roberto Barroso:

[...] plausível a tese de que os ventiladores pulmonares adquiridos pelo Estado constituem bens públicos, os quais não podem ser objeto de requisição administrativa. Nos termos do art. 5º, XXV, da Constituição, “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”. Assim, o uso desse instituto pressupõe, em regra, a propriedade privada dos bens requisitados. Apenas em situações excepcionais que não se fazem presentes neste momento – a vigência de estado de defesa ou de estado de sítio – a ordem constitucional autoriza o uso compulsório, pela União, de bens e serviços pertencentes a outros entes federativos (arts. 136, § 1º, II, e 139, VII, da Constituição).³⁵

Decisões nesse sentido não são novidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Conforme se verifica da ementa do Mandado de Segurança nº 25.295-2, julgado em 20 abr. 2005, “a requisição de bens e serviços do município já afetados à prestação de serviços de saúde não tem amparo no inciso XIII do art. 15 da Lei nº 8.080/1990”³⁶.

Ainda nos termos dessa decisão, “as determinações impugnadas do decreto presidencial configuram-se efetiva intervenção da União no município, vedada pela Constituição”, concluindo o Supremo Tribunal pela “inadmissibilidade da requisição de bens municipais pela União em situação de normalidade institucional, sem a decretação de Estado de Defesa ou Estado de Sítio”.

Seja na forma de requisição sobre requisição ou de requisição de bens e serviços públicos, fato é que as crescentes disputas envolvendo o instituto evidenciam uma clara desorganização na formulação das políticas públicas emergenciais a nível nacional, o que afeta não somente a atividade privada, com a ausência de calculabilidade em cenários já muito pouco previsíveis, mas também os próprios entes públicos, que passam a enfrentar entraves burocráticos e judiciais que não precisariam existir.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.393 Mato Grosso**. Relator: Min. Roberto Barroso, 1 de maio de 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343004012&text=.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 25.295-2 Distrito Federal**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 20 de abril de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5210/false>. Acesso em: 23 maio 2023.

6. DIREITOS DOS TITULARES DOS BENS OU SERVIÇOS REQUISITADOS

Tratando-se de medida restritiva de direitos, o instituto da requisição se submete a condicionamentos explícitos e implícitos, que decorrem tanto das normas específicas que disciplinam o instituto como do próprio sistema jurídico-constitucional.

Analisaremos nos subtópicos a seguir alguns dos pontos que devem ser observados pela Administração ao proceder à requisição, de modo a preservar a juridicidade da medida e conferir validade e higidez ao ato.

6.1. Proporcionalidade da medida

Hoje pouco se discute a incorporação do Princípio da Proporcionalidade ao nosso Direito. Debate-se apenas quanto ao seu fundamento: se é um princípio implícito, ou um preceito de direito natural; se integra o cânone do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, Constituição Federal); se advém do devido processo legal (art. 5º, LIV, Constituição Federal) ou se é um dos “outros direitos constitucionais” previstos no § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Nada obstante as discussões em torno de sua natureza, há muito tornou-se intuitiva a necessidade de as restrições à autonomia negocial e aos direitos de propriedade e liberdade, todos virtualmente afetados pela requisição, serem balizadas pelo Princípio da Proporcionalidade, que se apresenta sob a forma de seus três elementos clássicos, quais sejam:

a) *Adequação*: a restrição aos direitos de propriedade e liberdade só pode ser admitida se por meio idôneo para alcançar os objetivos constitucionais de prover os recursos necessários, no tempo razoável, às situações de efetiva emergência. Assim, deve se ter redobrado cuidado para que a requisição não se afaste de seu escopo fundamental e sirva como medida extraordinária de aquisição temporária de bens ou serviços, à burla do sistema público de contratação.

b) *Necessidade*: entre os meios idôneos para alcançar os objetivos emergenciais de qualquer natureza, o Estado deve optar por aqueles que menos restrinjam a liberdade negocial das empresas fornecedoras, de forma a alcançar a máxima promoção do interesse público com a menor mácula aos legítimos interesses econômicos dos agentes do mercado.

Assim, antes de se proceder à requisição, deve-se procurar recorrer, sempre que possível, à aquisição do bem ou serviço pretendido pelas vias contratuais ordinárias. É claro que, muitas vezes, em face dos cenários de urgência próprios da requisição, a realização de procedimento licitatório, por sua própria natureza bastante burocrático, não se mostraria sequer possível.

Havendo, contudo, a possibilidade de contratação direta de bens e serviços (art. 24, IV, Lei nº 8.666/1993), nos moldes do que ocorre, por exemplo,

de maneira até mais agilizada, na Lei nº 13.979/2020³⁷, o ônus argumentativo capaz de fundamentar a requisição se mostra maior, embora virtualmente plausível em determinadas circunstâncias.

Isso porque a contratação, ainda que realizada de maneira direta, permitiria o conhecimento e ingerência do particular sobre os termos do contrato, especialmente aqueles concernentes ao quanto, ao como e ao quando; ao passo que, na requisição, o valor indenizatório, o modo de utilização do bem ou serviço e o prazo de duração restariam a cargo do juízo discricionário da Administração Pública, possivelmente constatáveis apenas posteriormente.

Evidente, contudo, que essa preferência pela contratação direta não é de forma alguma peremptória. É possível que haja efetiva necessidade de se proceder à requisição ainda que a Administração esteja diante da eventual dispensa ou inexistência de licitação. Há diversas empresas que, pelos mais variados motivos, não querem fazer negócio com o Estado. Em verdade, se considerarmos um cenário em que há, por exemplo, uma demanda quase infinita e uma oferta bastante finita de insumos médicos, haveria para o particular muito poucas razões para negociar com o Poder Público e não com outro particular, uma vez que os riscos seriam menores e as limitações próprias do direito público não teriam lugar.

Em cenário tal de escassez, portanto, é possível que a requisição se mostre como meio necessário à utilização transitória de bens ou serviços particulares, mesmo diante da possibilidade de contratação direta.

c) *Proporcionalidade em sentido estrito*: ainda que a requisição seja o meio mais adequado e menos restritivo de direitos capaz de preencher as necessidades emergenciais da coletividade, a Administração que desejar se valer do instituto deverá aferir, em um cálculo de custo-benefício razoável, se a limitação “vale a pena” diante dos resultados sociais a serem obtidos com a restrição.

Em outras palavras, no exercício de ponderação deve ser considerado se a requisição compensaria para o próprio Estado, considerando os eventuais custos que, direta ou indiretamente, dela decorreriam e os efetivos benefícios esperados.

Estes três elementos do Princípio da Proporcionalidade devem, por certo, inspirar a aplicação do instituto da requisição, conformando-o à razoabilidade que se espera da atuação administrativa.

6.2. Devido processo legal e contraditório

A despeito da natureza emergencial do instituto e da sua prerrogativa de autoexecutoriedade, a requisição também não pode prescindir de um processo

³⁷ “Art. 4º. É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei” (BRASIL, 2020a).

administrativo prévio, ainda que com prazos bastante abreviados, inclusive para que se possibilite eventual acordo e conhecimento de virtuais externalidades negativas (i.e., leitos requisitados já ocupados, equipamentos em mau funcionamento etc.).

Nas palavras de Odete Medauar,

[...] no âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído.³⁸

É o que se extrai inclusive do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Com efeito, o interesse público não é uma variável que se encerra na palavra do administrador. Para que se possa chegar ao interesse tutelável, é preciso que haja ponderação dos vários cenários possíveis e que, nesse processo, seja dado aos agentes privados a oportunidade de contestar a medida restritiva proposta.

Se assim não fosse, a decisão ablatória representaria verdadeiro abuso de autoridade e, por óbvio, não poderia subsistir em um Estado Democrático de Direito.

Busca-se evitar, com a exigência, episódios similares ao que recentemente ocorreu no município de Cotia, onde autoridades do município, com o apoio da Guarda Municipal, se dirigiram a determinada fábrica de respiradores pulmonares e se apropriaram, sumariamente, de 35 aparelhos de ventilação, com fundamento em uma decisão judicial que permitia à municipalidade comprar os aparelhos, mas não deles se apropriar³⁹.

Muito embora, em decisão acertada, tenha a juíza plantonista da 2ª Vara Federal de Osasco determinado a restituição imediata de todos os aparelhos, absurdos legais como esse não deveriam sequer ocupar os nossos tribunais.

Ainda que os argumentos virtualmente apresentados pelo proprietário no âmbito do contraditório não fossem acolhidos pelo Poder Público, o processo analisado anteriormente serviria para, pelo menos, dar ciência do ato administrativo vindouro.

Sendo realmente impossível a realização de contraditório prévio em face da extrema urgência da medida, o procedimento deverá ser instaurado *a posteriori*,

³⁸ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 65.

³⁹ VALENTE, Fernanda; BOSELLI, André. Administração de Cotia tenta se apropriar indevidamente de respiradores artificiais. **Consulta Jurídica**, São Paulo, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/cotia-sp-tenta-apropriar-indevidamente-ventiladores-pulmonares>. Acesso em: 20 out. 2022.

imediatamente após o transpasse provisório do bem pela Administração, como já ocorre pacificamente em relação a medidas de polícia administrativa⁴⁰.

6.3. Direito à indenização

A indenização, quando devida, é inerente à requisição. Prevista pela Constituição Federal e por todas as demais leis que cuidam do tema, seu valor deve ser definido, preferencialmente, no âmbito do próprio processo administrativo (prévio, quando possível) que se impõe nos casos de requisição.

Essa exigência procedimental se mostra relevante à medida que a definição do montante ressarcitório razoável serve inclusive para avaliar o juízo de proporcionalidade examinado anteriormente, analisando se vale mesmo a pena realizar a requisição.

Uma vez definido o valor devido à título de indenização e constatada a proporcionalidade da medida, autoriza-se a requisição, que será amplamente indenizada inclusive, se for o caso, por lucros cessantes, após a concreta utilização do bem ou serviço pela Administração Pública. Nesse contexto, fundamental que, diante da ausência de acordo entre as partes, o valor incontroverso definido no âmbito administrativo seja depositado o mais rápido possível, após a ultimação da requisição, ainda que eventual saldo remanescente esteja sendo discutido no judiciário.

A aferição do *quantum* indenizatório realizada no processo administrativo é importante não somente para o particular, mas também para a própria Administração Pública, que poderá, desde já, especificar as dotações orçamentárias a serem necessariamente realizadas (inclusive, se for o caso, por meio da abertura de créditos extraordinários, por sua natureza destinados ao atendimento de despesas urgentes e imprevísíveis)⁴¹.

⁴⁰ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. AUTOEXECUTORIEDADE. INTERDIÇÃO CAUTELAR DE ESTABELECIMENTO. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. POSSIBILIDADE. A autoexecutoriedade é atributo do ato administrativo praticado com base no poder de polícia. Os agentes públicos estão autorizados a praticar atos urgentes para evitar danos irreparáveis ou a manutenção de situações prejudiciais à coletividade, postergando o contraditório para momento posterior” (RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de Instrumento nº 70077335891**. Relator: Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, 12 de julho de 2018. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2018).

⁴¹ Art. 41, III, da Lei nº 4.320/1964: “Os créditos adicionais classificam-se em: [...] III – extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública. Art. 167, § 3º da Constituição Federal: A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevísíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62. (BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2745, 23 mar. 1964).

Na quantificação desse montante, a estimativa do valor deve ser ampla, abrangendo, como já adiantamos, para além dos danos emergentes, também eventuais lucros cessantes. Entra na conta, portanto, o valor que o proprietário do bem ou fornecedor do serviço efetivamente perdeu e razoavelmente deixou de lucrar durante o tempo em que o produto restou à disposição da Administração.

Na aferição dos danos emergentes supramencionados, costuma-se dizer que deve ser levado em consideração o valor de mercado do bem ou serviço requisitado. Nada obstante a correção da afirmação, é preciso estabelecer, por razões de justiça, qual seria esse valor de mercado: seria o preço regularmente praticado em situações de normalidade, ou, ao revés, seria o valor usualmente cobrado pelos agentes privados no momento da requisição, ainda que em cenários de crise, em que a demanda é alta e a oferta baixa?

Não parece razoável considerar, no cálculo da indenização por requisição, os preços praticados em um cenário de normalidade quando o contexto fático é de escassez, uma vez que, se não fosse a requisição, o particular provavelmente venderia ou alugaria o bem pelo preço de venda corrente. Por outro lado, a indenização por requisição não pode ser instrumento de enriquecimento sem causa do particular⁴². Certamente teria apelo eventual argumento do Estado que o contexto catastrófico não deve ser o momento de maximizar os lucros, especialmente em face do relevante interesse público que envolve bens e serviços requisitados.

Caberia ainda discutir a possibilidade de inclusão de danos extrapatrimoniais na quantificação dessa indenização. Muito embora não se pretenda esgotar o tema nessa análise geral do instituto, nos parece que, à primeira vista, a requisição, principalmente quando incidente sobre serviços de pessoas físicas, poderia sim dar ensejo à reparação pelos danos morais efetivamente experimentados pelos particulares.

Essas serão apenas algumas das diversas discussões das quais inclusive as Cortes de Contas, principalmente, deverão se ocupar nos próximos anos, especialmente em face da atual situação calamitosa gerada pela pandemia do novo coronavírus.

6.4. Princípio da igualdade e da impessoalidade

Mencionado expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição da República, o princípio da impessoalidade, que não deixa de ser uma especialização do princípio da igualdade no Direito Administrativo, costuma incidir de forma simultânea com os princípios da moralidade e da finalidade, havendo um fortalecimento recíproco.

⁴² Nesse sentido, cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 560.

Odete Medauar observa a esse respeito que, apesar desses princípios, em muitas situações concretas, acabarem por se confundir, seu tratamento em separado é justificado por uma conveniência didática⁴³.

Há duas acepções para o princípio da impessoalidade, ambas igualmente corretas, apenas destacando ângulos diversos de um mesmo fenômeno. Para os fins deste trabalho, destacamos a posição de Hely Lopes Meirelles, para quem

[...] o princípio da impessoalidade impõe que o administrador objetivo, apenas, a satisfação do interesse público, jamais a obtenção de benefícios pessoais, para si ou para terceiros, ou os prejuízos de quem quer que seja (ex.: a perseguição de um inimigo político).⁴⁴

Como princípio geral da Administração Pública, os preceitos se impõem também aos casos de requisição. Nesse sentido, é certo que a requisição deve aproveitar ao interesse social coletivo, não sendo possível admitir, por exemplo, medida ablatória que venha a apropriar bem ou serviço passível de servir à coletividade para aproveitar a apenas um grupo restrito de indivíduos, salvo se for uma forma legítima de apoio social⁴⁵.

De igual maneira, deve sempre haver uma avaliação em relação à escolha do titular dos bens ou serviços a serem requisitados, baseada em critérios legítimos de *discriminem* de porque se escolheu os bens ou serviços de um, e não de outros.

Note-se que, em casos excepcionais, também não se descarta que a requisição seja uma vantagem para o titular dos bens ou serviços, devendo, por mais fortes razões, incidir os preceitos ora expostos. Muito embora, na atual conjuntura, seja difícil imaginar tal cenário, especialmente em face dos procedimentos abreviados de contratação direta previstos pela Lei nº 13.979/2020, os casos concretos sempre podem ser ricos o suficiente, surpreendendo o aplicador do Direito.

6.5. Dignidade da pessoa humana

Nada obstante sua utilização por vezes desmedida, é fato que a dignidade da pessoa humana possui sede constitucional⁴⁶ e, quando orientada à consolidação de garantias individuais, se revela como importante fator de ponderação na atuação administrativa.

⁴³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 124.

⁴⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 88.

⁴⁵ A título ilustrativo, não seria jurídica a requisição da estrutura e dos serviços de um hospital comunitário voltado ao tratamento da covid-19 para que esse pudesse servir ao uso exclusivo de militares.

⁴⁶ “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: [...] III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Ingo Wolfgang Sarlet define o princípio como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴⁷

Embora de difícil precisão, o preceito é, em última análise, uma consagração geral dos direitos fundamentais individuais e, por isso, também deve ser observado nas requisições de bens e serviços, sobretudo de pessoas físicas.

À luz desse preceito, não seria possível cogitar, por exemplo, que a Administração, buscando combater o coronavírus, procedesse à requisição dos serviços de um médico que se encontrasse no grupo de risco, ou mesmo de um enfermeiro que precisasse cuidar dos pais idosos e dependentes durante o isolamento.

Não somente, também não se afiguraria em conformidade ao princípio o cenário hipotético em que a Administração requisitasse equipamentos médicos de um hospital localizado em bairro carente para utilizá-los em bairros reconhecidamente mais nobres, retirando dos que mais precisam a assistência sanitária básica – o que mostra a possibilidade de incidência do preceito, ainda que de maneira indireta, sobre a requisição de bens ou serviços de pessoas jurídicas.

7. CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, a requisição é um dos mais fortes e típicos poderes de império e de verticalidade do Estado sobre os particulares. Por sua própria natureza e requisitos de estado de necessidade pública, o risco de se desvirtuar o instituto dos limites e das garantias próprias do Estado Democrático de Direito é ainda maior do que em relação a outros mecanismos ablatórios e limitadores do Direito Administrativo.

Não somente, o fato de a maior parte de sua legislação tradicional ter sido editada em fase de guerra ou de ditaduras, torna ainda mais primordial a atualização do instituto à luz da ordem constitucional vigente. Nesse contexto, os princípios gerais do ordenamento podem servir como importante bússola hermenêutica na interpretação e aplicação do instituto, principalmente quando atentos aos aspectos econômicos inevitavelmente dele indissociáveis.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 60.

Garantindo-se os direitos individuais e considerando-se as consequências econômicas das intervenções estatais, é possível delimitar uma disciplina apropriada ao instituto, consagrando a ferramenta como um importante mecanismo de solução de necessidades emergenciais da sociedade, sem abandonar as garantias próprias do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BEAUVIRONNET, Eloïse. La réquisition en droit administratif français. **Journal di Droit Administratif**, Paris, 11 avr. 2020. Disponível em: <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/la-requisition-en-droit-administratif-francais-i-ii-2/>. Acesso em: 20 out. 2022.

BLANQUER, David. **Derecho Administrativo**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, p. 1, 16 jul. 1934.

BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, p. 13059, 19 set. 1946.

BRASIL. [Constituição (1967)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 953, 24 jan. 1967.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, p. 133, 5 jan. 1916.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2745, 23 mar. 1964.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 7 fev. 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 1.255 Roraima**. Relator: Min. Celso de Mello, 27 de junho de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630105>. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 25.295-2 Distrito Federal**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 20 de abril de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5210/false>. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.393 Mato Grosso**. Relator: Min. Roberto Barroso, 1 de maio de 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343004012&text=.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tutela Provisória na Ação Cível Originária 3.385 Maranhão**. Relator: Min. Celso de Mello, 20 de abril de 2020c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/respiradores-maranhao.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

CAMELO, Bradson; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Aspectos econômicos da requisição administrativa: faltam estudos empíricos sobre o impacto das requisições administrativas no mercado. **Jota**, São Paulo, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/aspectos-economicos-da-requisicao-administrativa-12042020>. Acesso em: 20 out. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution of the United States: Fifth Amendment. **Constitution Annotated**, Washington, DC, [2020]. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-5/#:~:text=No%20person%20shall%20be%20held,the%20same%20offence%20to%20be>. Acesso em: 20 out. 2022.

DUCOS-ADER, Robert. **Le droit de réquisition** : théorie générale et régime juridique. Paris: LGDJ, 1957. t. 4.

CASSETTA, Elio. **Manuale di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 2011.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Takings. **Legal Information Institute**, Ithaca, NY, [2022]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/takings>. Acesso em: 20 out. 2022.

LIMA FILHO, Acácio Vaz. Organização política, jurídica e social do Egito no antigo império. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 53-54, jan./dez. 2009.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES FILHO, Marco Antônio de Praxedes. Requisição administrativa constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva. **Controle**, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 113-140, jan./jun. 2018.

NEGRETE, Alfonso Nava *et al.* La requisición administrativa. **Revista de Estudios de Derecho Público**: Justicia Administrativa en México e Iberoamérica, Ciudad de México, DF n. 1, p. 429-445, dez. 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PERNAMBUCO. Decreto nº 48.809, de 14 de março de 2020. Regulamenta, no Estado de Pernambuco, medidas temporárias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, conforme previsto na Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**: coluna 1, Recife, p. 1, 15 mar. 2020.

RIO DE JANEIRO (Município). Decreto nº 47.312, de 27 de março de 2020. Regulamenta a requisição administrativa para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da propagação do Coronavírus-Covid-19. **Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, p. 2, 28 mar. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de Instrumento nº 70077335891**. Relator: Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, 12 de julho de 2018. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

VALENTE, Fernanda; BOSELLI, André. Administração de Cotia tenta se apropriar indevidamente de respiradores artificiais. **Consulta Jurídica**, São Paulo, 28 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/cotia-sp-tenta-apropriar-indevidamente-ventiladores-pulmonares>. Acesso em: 20 out. 2022.

A GOVERNANÇA PRIVADA DA INFORMAÇÃO: ACCOUNTABILITY E CONFIANÇA

Private Information Governance: Accountability and Trust

Humberto Eustáquio César Mota Filho¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A lógica da *accountability*: informações transparentes; 3. Políticas corporativas para informações mais transparentes; 4. Informações seguras: a lógica da confiança; 5. Políticas corporativas para informações seguras; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

Este artigo examina a literatura da governança da informação de forma a buscar respostas para a seguinte indagação: como tratar dados com transparência e segurança jurídica? Para tanto, aborda preliminarmente as lógicas da *accountability* e dos laços de confiança no setor privado, tendo como baliza alguns marcos legais e as boas práticas de mercado, os quais fornecem as normas, diretrizes e os controles de responsabilidade aplicáveis aos dados. Em seguida, recomenda quais seriam as melhores estratégias para desenvolver políticas corporativas que contribuam para o valor, a qualidade e o *compliance* das informações.

Palavras-chave: Governança da Informação. Transparência. *Accountability*.

ABSTRACT

This study explores the information governance literature to seek answers to the following question: How to handle data transparency and legal certainty? To this end, it initially addresses the logics of accountability and trust in the private sector, with some legal frameworks and good market practices as guidelines, which provide the norms and controls applicable to data. From this, we suggest what would be the best strategies to develop corporate policies which contribute to information value, quality, and compliance.

Keywords: Information Governance. Transparency. *Accountability*.

¹ Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Pós-Graduado em Comércio Internacional pela Shanghai Business School. Pós-Graduado em Direito da Empresa e da Economia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pós-Graduado em Projetos Financeiros pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Coordenador da Pós-Graduação Compliance Master da Escola de Negócios (IAG) da PUC-Rio. Professor Convidado da FGV Law Program. Presidente do Conselho Empresarial de Governança e Compliance da Associação Comercial do Rio de Janeiro (ACRJ). Presidente da Comissão de Estudos da Transparência Pública da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-RJ). Membro do Fórum da Justiça na Era Digital da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Consultor Jurídico do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Ex-Assessor Sênior da Presidência do BNDES. Ex-Conselheiro de Governança da Autoridade Pública Olímpica (APO).

1. INTRODUÇÃO

Conforme o International Data Corporation², os dados digitais criados, replicados e consumidos no mundo no período de um ano dobrarão de tamanho a cada dois anos e, em 2020, alcançarão 44 *zettabytes* (ou 44 trilhões de *gigabytes*). Novos marcos legais e a expansão do universo digital compelem as organizações a rever suas estratégias em relação à guarda e uso da informação. Empresas estão se tornando mais digitais, dependentes das novas tecnologias de comunicação e conectividade, em um cenário caracterizado pela expansão acentuada no volume e na complexidade dos dados. Nessa era do conhecimento, tanto as oportunidades quanto os desafios contemporâneos levam a seguinte pergunta: *como gerar valor para as organizações, a partir do gigantesco universo digital?*³ Uma solução é investir na governança da informação.

Se a profusão de informação nas organizações propicia um grande potencial de desenvolvimento social e econômico, ela também oferece riscos operacionais e legais que necessitam ser geridos e minorados. É essencial investir em governança para criar estratégias, políticas e procedimentos em torno da distribuição da informação dentro e fora das empresas. Em linhas gerais, a governança da informação é o conjunto de normas, diretrizes e controles de responsabilidade desenvolvidos para assegurar o valor, a qualidade e o *compliance* das informações. Correlacionada a governança corporativa, a governança da informação está estreitamente associada aos princípios da transparência e da prestação de contas (*accountability*), pois tanto consumidores quanto executivos e acionistas necessitam de informações confiáveis para a tomada de decisões e para assegurar que seus dados estão protegidos e não foram adulterados, corrompidos, destruídos, descartados ou tratados e armazenados de forma indevida. Logo se revela a importância de outra indagação presente em todas as corporações nos dias de hoje: *como tratar dados com transparência e segurança jurídica?*

Frequentemente o termo *dados* é empregado como um sinônimo da expressão *informação*, mas há também quem reconheça uma distinção semântica importante⁴. Ao se conceber essa distinção, o vocábulo *dado* ganha uma conotação mais fragmentada, sugerindo uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida ou um estado de “pré-informação”, anterior à interpretação e a um processo de elaboração, enquanto o termo *informação* alude a algo além da representação contida no dado, sendo capaz, por isso mesmo, de se revestir de sentido instrumental e

² INTERNATIONAL DATA CORPORATION. **The digital universe of opportunities: rich data and the increasing value of the Internet of Things.** Amsterdam: IDC, 2014. Disponível em: <https://www.iotjournal.nl/wp-content/uploads/2017/01/idc-digital-universe-2014.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

³ FARIA, Fernando de Abreu; SYMPSON, Gladys. Bridging the gap between business and IT: an information governance perspective in the banking industry. In: BHANSALI, Neera. **Data governance: creating value from information assets.** Boca Raton: Taylor & Francis, 2013, p. 217-241.

⁴ DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito privado e internet.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 61-78.

fornecer conteúdo voltado a redução de incertezas. De qualquer maneira, em busca de um método para o tratamento de dados com transparência e segurança jurídica, é preciso ter em conta todo o ciclo de vida dos dados, significa dizer que a organização deve ser capaz de assegurar o valor, a qualidade e o *compliance* dos dados ou informações necessárias às suas atividades ao longo do tempo, desde o momento da decisão em tratar determinado dado ou informação até quando da escolha em se eliminar certo dado ou informação de seus arquivos.

Consequentemente, cabe indagar quais são as melhores táticas para fazer avançar uma agenda de governança da informação, especialmente uma vez que não existe algo como uma receita única de sistema de governança ou de sistema de *compliance*⁵.

Este artigo sugere um caminho que favoreça a busca dessa resposta, a partir de alguns marcos legais brasileiros e critérios objetivos que possam ser seguidos por empresas na governança de suas informações, em especial em coleta, tratamento, armazenamento e eliminação de documentos e dados. Em vista disso, são sugeridas quais as lógicas reitoras das políticas corporativas voltadas a essa modalidade de governança, no âmbito da transparência e da segurança da informação e são consideradas algumas de suas principais diretrizes, controles e responsabilidades.

Propõe-se que a governança da informação seja apreciada pelos elementos da transparência e da segurança da informação e são destacadas algumas medidas e práticas que podem favorecer seu avanço em nosso país, a partir de instrumentos legais específicos.

2. A LÓGICA DA *ACCOUNTABILITY*: INFORMAÇÕES TRANSPARENTES

Escândalos de corrupção e crises reputacionais, vazamentos de dados de consumidores, precarização dos serviços contratados e quebras de justas expectativas levam a um descontentamento generalizado com as corporações. As demandas por mais *accountability* desafiam as empresas. A *accountability* corporativa é um princípio fundamental, por meio do qual administradores e controladores prestam contas de suas ações aos cidadãos e ao mercado e podem ter seu comportamento autorizado, chancelado ou simplesmente sofrerem sanções em caso de mau desempenho, ineficiência, corrupção ou arbitrariedade no uso do poder econômico.

Há enormes variações no que se entende e no que implica a *accountability*. A *accountability* é ainda um conceito em evolução⁶, o qual comporta uma nova reflexão sobre a ordem empresarial e um princípio de organização das relações entre

⁵ MENZEL, Donald. Research on ethics and integrity in governance: a review and assessment. *Public Integrity*, New York, NY, v. 7, n. 2, p. 147-168, mar. 2005. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10999922.2005.11051272>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁶ CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30-50, fev./abr. 1990.

proprietários e não proprietários. Nessa evolução, vale observar que tal termo não parece se esgotar nas preocupações da administração tradicional, numa *accountability* de processos, restrita ao exame da conformidade das leis e normas procedimentais, a partir de um ponto de vista hierárquico e comprometido apenas com resultados operacionais, sem considerações adicionais.

Numa acepção mais abrangente, tal termo alude à responsabilidade perante alguém, a uma obrigação dos administradores ou controladores a explicarem e justificarem suas ações⁷ – por exemplo, como mandatos e contratos foram tratados, como a autoridade e os recursos corporativos foram aplicados, e quais foram os resultados empresariais e seus impactos na sociedade e no meio ambiente.

Mais especificamente, a lógica da *accountability* corporativa corresponde a uma série de mecanismos pelos quais os agentes privados são obrigados a prestar contas por seu desempenho e suas atividades em relação aos cidadãos. Essa lógica demanda uma interação qualificada empresa-sociedade, baseada em: transparência, imputabilidade, controle, responsabilidade e responsividade⁸ e dever de justificativa – *answerability*⁹, similar a lógica da *accountability* pública.

Ao compreender essa lógica de uma interação mais qualificada, a definição clássica de O'Donnell de *accountability pública* horizontal para definir as relações entre atores nas diversas esferas de poder, sem a ideia de hierarquia e *accountability* vertical, para identificar a relação principal-agente ou mandante-mandatário, pela qual o titular originário das prerrogativas relacionadas ao exercício do poder as transfere para representantes dele incumbidos, se afigura insuficiente também na esfera privada. Assim, o controle do poder corporativo e de sua prestação de contas demanda uma mobilização, interlocução e articulação dos mais diversos atores públicos e privados na produção, no tratamento e na disponibilização de informações destinadas aos órgãos de controle estatal e aos cidadãos diretamente. Numa dinâmica de “círculo virtuoso”, informações transparentes tendem a favorecer a lógica da *accountability* empresarial e estimular uma interação mais qualificada entre atores públicos e privados. É possível criar e manter um fluxo de informações transparentes a partir de um conjunto dado de *normas, diretrizes e controles de responsabilidade* desenvolvidos para assegurar o *valor*,

⁷ OLSEN, Johan. *Accountability democrática, ordem política e mudança*: explorando processos de *accountability* em uma era de transformação europeia. Tradução de Eliane Rio Branco. Brasília, DF: Enap, 2018.

⁸ KOPPELL, Jonathan. Pathologies of accountability: ICANN and the challenge of “multiple accountabilitys disorder”. *Public Administration Review*, Washington, DC, v. 65, n. 1, p. 94-108, jan./fev. 2005.

⁹ SCHEDLER, Andreas Georg. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc (ed.). *The self-restraining state*: power and accountability in new democracies. Boulder, CO: Lynne Rienner, 1999. p. 13-28; FIABANE, Danielle Fabian. *Controle social*: um novo *frame* nos movimentos sociais. 2011. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

a qualidade e o *compliance* das informações. Para tanto, algumas políticas corporativas podem contribuir para o fluxo de informações mais transparentes.

3. POLÍTICAS CORPORATIVAS PARA INFORMAÇÕES MAIS TRANSPARENTES

Afinada com a governança corporativa e a governança de tecnologia da informação, a governança de informação pode assegurar transparência às empresas. Para que organizações privadas possam garantir o valor, a qualidade e o *compliance* de seu ambiente informacional e prosperar, elas devem possuir políticas corporativas transparentes que protejam seus clientes, seu modelo de negócios e preservem sua credibilidade e reputação.

No mundo corporativo, a agenda de governança das grandes empresas abertas, concentrada inicialmente em recuperar o poder de deliberação dos acionistas sobre o destino das empresas, foi uma reação as fragilidades demonstradas pelos casos de corrupção da Enron, WorldCom e Parmalat na década de 1990¹⁰ e evoluiu para o campo da responsabilidade social corporativa, para além dos requisitos legais, principalmente naquelas empresas multinacionais, como tentativa de contrapor o vácuo regulatório na governança global¹¹. A globalização de negócios, que afeta tanto as grandes quanto as pequenas e médias empresas, trouxe oportunidades de expansão e uma grande variedade de riscos regionais; não só as fraudes corporativas ainda experimentam tendência de alta, como muitos executivos evitam investir em determinados países em função desses riscos¹².

As boas práticas de governança corporativa, aí incluída a governança das informações, convertem princípios básicos em recomendações objetivas, a fim de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização empresarial, envolvendo o relacionamento entre proprietários e não proprietários, com a facilitação de acesso a recursos, melhoria da qualidade da gestão da organização e contribuindo

¹⁰ FONTES FILHO, Joaquim Rubens. O conceito e a prática de governança corporativa. In: VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira; FONTES FILHO, Joaquim Rubens; SOARES, Marden Marques (coord.). **Governança cooperativa**: diretrizes e mecanismos para fortalecimento da governança em cooperativas de crédito. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2009, p. 31-48. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/Pre/microFinancas/coopcar/pdf/livro_governanca_cooperativa_internet.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

¹¹ SCHERER, Andreas Georg; PALAZZO, Guido. The new political role of business in a globalized world: a review of a new perspective on CRS and its implications for the firm, governance and democracy. **Journal of Management Studies**, London, v. 48, n. 4, p. 899-931, Jun. 2011. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-6486.2010.00950.x>. Acesso em: 20 out. 2022.

¹² KROLL. **Anti-bribery and corruption benchmarking report 2017**. New York, NY: Kroll, 2017. Disponível em: <https://www.kroll.com/en/insights/publications/anti-bribery-and-corruption-benchmarking-report-2017>. Acesso em: 20 out. 2022.

para sua longevidade e seu bem comum¹³. Assim, no âmbito empresarial, a governança das informações legitima a ação das empresas, ao incluir a transparência das informações nas políticas públicas.

De acordo com o Código das Melhores Práticas do Instituto Brasileiro Governança Corporativa¹⁴, o princípio da transparência consiste na *decisão* de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse, e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Com base nesse princípio, tais informações não devem se restringir ao desempenho econômico-financeiro, abarcando também os elementos extra financeiros e os ativos intangíveis das empresas, de modo a preservar e otimizar o *valor* da organização. A transparência empresarial não se esgota no *compliance* operacional do cumprimento de obrigações de fornecimento de informações exigidas legalmente, também conhecido como *estar em compliance*, mas pode ser ampliada numa política corporativa estratégica de governança, direcionada para *ser compliance*, alinhada a princípios e comportamentos éticos¹⁵. A estratégia voltada ao *ser compliance* pode conferir mais *qualidade* às informações e preservar e agregar mais *valor* à organização empresarial, especialmente quando associada aos demais princípios básicos consagrados no âmbito do Código do IBGC.

Ainda no Código, tanto o preceito da transparência quanto os demais princípios básicos – equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa – procuram redirecionar as atividades das sociedades empresárias de forma responsável e sustentável, a fim de compatibilizar lucro e função social, mitigando externalidade negativas e potencializando as positivas em benefícios de todas as partes interessadas. Mais detidamente, o princípio da prestação de contas, bem entendido no âmbito mais amplo da *accountability*, no campo do setor privado, recomenda que os agentes de governança devem revelar de modo claro, conciso, compreensivo e tempestivo os motivos e os resultados de suas decisões corporativas, assumindo as consequências de seus atos ou omissões. Não por acaso, o princípio da equidade, caracterizado pelo dever de tratamento justo de todos os sócios e partes interessadas pelos administradores e o princípio da responsabilidade corporativa, qualificado pelo dever de zelo pela viabilidade econômico-financeira das organizações em bases sustentáveis, ao longo do tempo, são comunicados ao mercado por meio de informações transparentes. Tudo isso somado, compreende-se melhor por que só uma política corporativa de governança de informação transparente pode comunicar de modo efetivo

¹³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. São Paulo: IBGC, 2015.

¹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Compliance à luz da governança corporativa**. São Paulo: IBGC, 2017. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=23486>. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁵ *Ibidem*.

a dinâmica de geração de valor das empresas, seus programas de integridade e seus compromissos éticos.

Em harmonia com esses princípios, Adam e Lachman¹⁶ discernem características especiais das informações transparentes para a garantia de práticas de mercado equitativas: a) relevância, amplitude e fidedignidade dos dados; b) acesso fácil e linguagem simples e direta dos dados; c) agilidade na transmissão dos dados. Essas características podem ser sintetizadas no relato integrado.

O relato integrado visa promover uma abordagem mais coesa e eficiente ao processo de elaboração de relatos corporativos, visando melhorar a qualidade da informação disponível aos investidores. O objetivo principal de um relatório integrado é explicar aos provedores de capital financeiro como uma organização gera valor ao longo do tempo e, portanto, beneficia todas as partes que estejam interessadas na capacidade que uma organização tem de gerar valor, incluindo empregados, clientes, fornecedores, parceiros comerciais, comunidades locais, legisladores, reguladores e formuladores de políticas. Isto é possível, pois tal relato pretende explicar: a) quais são os recursos e os relacionamentos utilizados e afetados por uma organização; e b) como uma organização interage com o ambiente externo e como ela é gera valor no curto, médio e longo prazos com seus capitais.

Por tudo isso, o relato integrado aumenta a capacidade da organização em produzir informação de qualidade e em comunicar ao mercado como ela gera valor e permite o retorno financeiro aos seus investidores. Isto está relacionado ao valor gerado por uma organização para as partes interessadas e para a sociedade como um todo, por meio de uma ampla gama de atividades, interações e relacionamentos. Quando estes forem relevantes à capacidade de uma organização de gerar valor para si mesma, devem ser incluídos no relatório integrado¹⁷.

Neste momento, as empresas privadas brasileiras não estão legalmente obrigadas a adotar o relato integral, mas talvez exatamente por isso aquelas que o fizerem podem comunicar de forma mais clara seus compromissos éticos. Nada impede o setor privado de avançar nessa agenda e fortalecer sua transparência e *accountability* corporativa.

Políticas corporativas podem favorecer a governança da informação nas empresas sempre que seus administradores incorporem em suas normas os princípios básicos da governança corporativa e forneçam aos seus proprietários, ao mercado e às partes interessadas, em geral, a prestação de contas de seus atos e dos resultados

¹⁶ ADAM, Avshalom Madala; LACHMAN, Ran. The concept of information transparency: a spectrum in four dimensional spaces. *SSRN Papers*, Rochester, Jun. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1422637>. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁷ INTERNATIONAL INTEGRATED REPORTING COUNCIL. **A estrutura internacional para relato integrado**. Brasília, DF: Febraban, 2014. Disponível em: <https://integratedreporting.org/wp-content/uploads/2015/03/13-12-08-THE-INTERNATIONAL-IR-FRAMEWORK-Portugese-final-1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

de suas atividades, com responsabilidade social (*accountability*), comunicando a capacidade das suas empresas em gerar valor no presente e no futuro. Indo mais além, a governança da informação corporativa terá mais legitimidade e credibilidade se o conjunto de suas normas e diretrizes assegurar a publicação e a disseminação de informações relevantes para o mercado e a sociedade e comunicar de forma clara e objetiva seu compromisso com o desenvolvimento sustentável, permitindo controles de responsabilidade mais efetivos¹⁸.

4. INFORMAÇÕES SEGURAS: A LÓGICA DA CONFIANÇA

Segundo o dilema da confiança¹⁹, explorado por Ovanessoff, Plastino e Faleiro²⁰, é preciso de confiança para cooperar; entretanto, também é preciso cooperar para ganhar confiança, seja na interação entre agentes públicos, agentes privados ou na interação entre agentes públicos e privados. E, de uma maneira geral, estudos apontam que a maioria dos brasileiros tem dificuldades no estabelecimento de novas relações de confiança²¹ e que mesmo as empresas brasileiras consideradas inovadoras colaboram menos com outras organizações nacionais ou internacionais do que as empresas de grande parte dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Essas lacunas na confiança social acabam por comprometer a colaboração necessária nas relações negociais. Por seu turno, nas relações público-privadas não há razão para supor que o quadro é muito melhor.

Em pesquisas realizadas nos últimos anos, é revelador notar que nem organizações não governamentais (ONGs), empresas, mídia ou governo²² alcançaram níveis satisfatórios de confiança entre os brasileiros. As ONGs e as empresas ao menos não despertaram a desconfiança entre os brasileiros, contudo a mídia e o governo não mereceram a confiança dos brasileiros. Essas pesquisas ainda revelaram que os brasileiros consideram suas fontes oficiais suspeitas. A maioria dos consultados considerou

¹⁸ MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César. *Compliance e transparência: programas de integridade efetivos*. In: CARNEIRO, Cláudio; MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César (org.). *Compliance: o estado da arte (regulações, práticas, experiências e propostas para o avanço da cultura da integridade no Brasil e no mundo)*. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 69-85.

¹⁹ MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César. Como manter um ambiente ético nas empresas? A agenda positiva de governança e *compliance*. **Compliance Rio**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 30-37, out. 2018.

²⁰ OVANESSOFF, Armen; PLASTINO, Eduardo; FALEIRO, Flaviano. **Por que o Brasil precisa aprender a confiar na inovação colaborativa**. São Paulo: Accenture, 2015.

²¹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Retratos da sociedade brasileira: confiança interpessoal. **Indicadores CNI**, Brasília, DF, v. 6, n. 39, p. 1-3, jul. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/observatorio-nacional-da-familia/RetratosdaSociedadeBrasileiraConfianainterpeoal.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

²² EDELMAN, Daniel. **Edelman trust barometer: trust and the CEO: annual global study**. Chicago, IL: Edelman, 2017. Disponível em: <https://www.edelman.com/trust/2017-trust-barometer>. Acesso em: 20 out. 2022.

que os indivíduos são mais confiáveis que as instituições e que as informações vazadas têm mais credibilidade que os comunicados das companhias para a imprensa.

Ainda que essa crise de confiança seja global, a chamada *era da economia da reputação*²³ parece intensificar suas consequências no ambiente empresarial brasileiro. Nessa nova economia da reputação, 84% do valor de mercado de uma empresa listada no S&P 500 dos EUA estão atrelados a valores intangíveis como a reputação, e o Brasil não parece fugir dessa tendência. Os riscos reputacionais estão no topo das preocupações dos membros dos conselhos de administração e, segundo pesquisas internacionais, as principais causas da perda de reputação são os comportamentos à margem da ética e da integridade²⁴. Sem sombra de dúvida, no meio empresarial a confiança é um ativo valioso e a falta de ética é um passivo fatal, um ambiente geral de baixa confiança social, como no caso brasileiro, afeta negativamente a sociedade, os negócios e o governo.

Todos esses dados indicam a necessidade de mais governança corporativa, ou seja, as soluções para o problema da confiança precisam ser legitimadas por uma agenda de mudança dos processos decisórios que incluam a sociedade desde o início das discussões. É preciso retomar níveis de confiança satisfatórios que permitam um ambiente propício ao debate público e ao desenvolvimento de mais negócios e investimentos em nosso país. É fundamental enfrentar o problema da confiança, com o diagnóstico e com as ferramentas certas.

Para avançar nessa agenda de mudança dos processos decisórios que fortalecem os laços de confiança sociais, a lógica da *accountability* é fundamental, mas não é suficiente. Uma estratégia efetiva para o avanço da governança da informação pede que junto com a transparência das informações esteja também associada sua segurança, assim será possível ganhar a *legitimidade* e a *credibilidade* necessárias para vencer o problema da confiança²⁵. Políticas corporativas podem auxiliar a fortalecer a segurança das informações utilizadas pelas organizações.

5. POLÍTICAS CORPORATIVAS PARA INFORMAÇÕES SEGURAS

A informação pode ser entendida como um bem das organizações com finalidades econômicas, na medida em que ela é necessária para o planejamento e a implementação de estratégias empresariais, com a consequente realização dos negócios e a obtenção do lucro. Mas isto é apenas parte da história. Até recentemente, o mercado

²³ FAGUNDES, Suzana. Integridade como novo paradigma da reputação. **Revista de Governança e Compliance da Associação Comercial do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 30-34, dez. 2017.

²⁴ DELOITTE. **2014 global survey on reputation risk: Reputation@Risk**. London: DeLoitte, 2014. Disponível em: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Governance-Risk-Compliance/gx_grc_Reputation@Risk%20survey%20report_FINAL.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

²⁵ MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César. **Como manter um ambiente ético nas empresas? A agenda positiva de governança e compliance**, 2018.

tratava os dados coletados como um ativo próprio, a ser livremente utilizado e comercializado por quem deles se apropriasse, sem maiores preocupações. Entretanto, na sociedade do conhecimento, essa perspectiva se alterou. Sob uma ótica mais cuidadosa e consciente da titularidade dos dados pessoais e das potenciais consequências de seu uso indevido houve recentemente uma mudança substancial na regulação do uso de dados pessoais nos negócios empresariais, sintetizada no marco legal da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Assim, os dados pessoais coletados pelas empresas privadas se revelam claramente como pertencentes às pessoas naturais às quais se referem, de modo que quem coleta os dados deve prestar contas de seu uso a seu titular, seja ele seu consumidor, seu empregado, seu acionista, ou quem quer que seja. Nessa linha, o uso de dados pessoais por empresas deve respeitar as bases legais da nova LGPD, sob pena de imposição de multas pesadas a seus infratores e risco de perdas reputacionais adicionais.

No mundo empresarial, uma estrutura de governança da informação deve atribuir responsabilidades claras pela custódia dos dados e seu fluxo de vida na corporação, integrando as áreas de negócio com as tecnologias existentes e com os projetos de tecnologias futuras, em bases jurídicas seguras. Não há um formato único para tal estrutura. As contingências às quais a organização está exposta, seja na relação com o ambiente externo, seja na conexão com a estrutura organizacional interna, certamente afetam sua configuração estrutural.

Apesar de não haver uma receita única para proteger dados nas organizações privadas, especialistas internacionais sugerem uma estratégia voltada ao desenvolvimento da segurança da informação, baseada na implementação de um conjunto de controles, incluindo políticas, processos, procedimentos, estrutura organizacional e funções de *software* e *hardware*, a fim de assegurar que os objetivos do negócio sejam atendidos. A nova LGPD parece seguir essa mesma estratégia recomendada pelos especialistas²⁶ – nesse sentido, a segurança da informação compreende técnicas de tecnologia da informação, mas não se esgota nelas.

Pela LGPD, além da boa fé, as atividades de tratamento de dados pessoais devem seguir diversos princípios, dentre os quais se destaca aqui o princípio da segurança²⁷. Assim sendo, tanto o controlador, responsável pelas decisões referentes ao tratamento desses dados, quanto o operador, responsável pelo tratamento dos dados em nome do controlador, **são legalmente designados como os agentes de tratamento de dados incumbidos de implementar a política** de proteção de dados de sua organização, ao adotarem as medidas de segurança técnicas e administrativas. As medidas técnicas se circunscrevem ao campo da tecnologia da informação, com o

²⁶ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO/IEC 27002**: tecnologia da informação, técnicas de segurança: código de prática para controles de segurança da informação. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

²⁷ Art. 6º, incisos VII, VIII e X da Lei nº 13.709/2018 (BRASIL, 2018c).

uso de recursos informáticos dotados de funcionalidades voltadas à garantia da segurança da informação, tais como ferramentas de autenticação de acesso a sistemas, recursos de criptografia e segregação de servidores. Já as medidas administrativas englobam medidas gerenciais e jurídicas, tais como as políticas corporativas para a proteção de dados, contratos de confidencialidade e políticas de privacidade²⁸.

Os *agentes* de tratamento de dados pessoais, no âmbito de suas competências, individualmente ou por meio de órgãos colegiados, poderão formular e implantar regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições, o regime de funcionamento, os procedimentos, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento dos dados, além das ações educativas, dos mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e de outros aspectos relacionados ao mapeamento e tratamento dos dados pessoais. Essas regras integrarão tanto a política de governança da informação quanto o programa de integridade da empresa, revelarão e documentarão seu grau de comprometimento com a proteção de dados pessoais e eventualmente excluirão ou reduzirão a aplicação das penalidades impostas às empresas pelos incidentes de segurança da informação e seus possíveis danos pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)²⁹.

Ao impor aos agentes de tratamento o dever de adotar medidas de segurança aptas a resguardar os dados pessoais, a LGPD incorpora os mesmos pilares da segurança da informação expressos na Política Nacional de Segurança da Informação (PNSI)³⁰, assimilando a ideia de que tal segurança é uma questão que vai muito além da tecnologia e representa um verdadeiro desafio de governança e de política corporativa.

É preciso prevenir e ter condições de mitigar os casos de incidentes de segurança que possam acarretar riscos ou danos relevantes aos titulares das informações utilizadas pelo setor privado. Vale repetir que o controlador dos dados pessoais tem o dever de comunicar a ocorrência de incidentes de segurança para a ANPD e para o titular dos dados pessoais, sempre que o incidente de segurança “possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares”, em um prazo razoável. Então, sob a ótica jurídica,

²⁸ JIMENE, Camilla do Vale. Da segurança e das boas práticas. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (coord.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 339-341.

²⁹ Parte da inspiração para formular as regras de boas práticas e de governança pelos agentes de segurança pode vir da Norma Técnica ABNT NBR ISO/IEC 27002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas, um verdadeiro código de boas práticas e melhores técnicas mundialmente reconhecidas para controles de segurança da informação.

³⁰ A PNSI instituída no âmbito da administração pública federal, tem por objetivo assegurar a disponibilidade, integridade, confidencialidade e a autenticidade da informação a nível nacional e abrange os campos da segurança e defesa cibernética, segurança física e proteção de dados organizacionais. (BRASIL, 2018b).

para justificar sua comunicação, o incidente de segurança deve ser capaz de: a) possibilitar a ocorrência de um perigo ou sinistro causador de dano ou prejuízo, suscetível a acarretar a responsabilidade civil na sua reparação e; caso tal incidente se efetive, b) que os impactos negativos ou prejuízos sofridos sejam potencialmente expressivos, ao atingirem bens de ordem econômica ou moral.

No âmbito da LGPD, nem todo e qualquer incidente deve ser comunicado. No caso da perda de um *pen drive*, o furto de um *notebook* ou a interrupção de acesso a um sistema haverá um incidente de segurança do ponto de vista técnico, no âmbito da governança da tecnologia da informação, pois os dados corporativos estarão ameaçados de exposição, entretanto não necessariamente esse incidente será digno de notificação à ANPD ou aos titulares de dados, caso não se revele como uma potencial ameaça de dano aos titulares de dados pessoais, passível de reparação civil. Uma boa governança da informação conjugada com um programa de integridade efetivo deve ser capaz de mapear dentre os potenciais incidentes de segurança de informação aqueles mais relevantes e impactantes para a corporação e para os titulares dos dados pessoais envolvidos e suas possíveis consequências, com a confecção de planos preventivos e de contingência.

Seguindo a lógica da proteção jurídica no tratamento de dados, há regulamentações específicas para atividades intensivas no uso de dados pessoais, como a atividade bancária, com muitos riscos de incidentes de segurança potencialmente relevantes e volumoso tráfego de dados digitais, ao redor do mundo todo, ensejando possíveis danos de grande monta. As instituições financeiras (IFs) devem conhecer seus clientes para avaliar o risco de crédito de seus mutuários na concessão de financiamentos ou para evitar operações de lavagem de dinheiro, por exemplo. Para tanto, tais instituições devem seguir as regulamentações do Banco Central do Brasil, a autoridade responsável pelo sistema financeiro nacional, em especial os normativos que tratam da política de segurança cibernética (PSC) e sobre os requisitos para contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem³¹.

Vale notar que essa PSC contempla: a) os procedimentos e os controles adotados para reduzir a vulnerabilidade das IFs aos incidentes; b) os controles específicos, incluindo os voltados para a rastreabilidade da informação, que busquem garantir a segurança das informações sensíveis; c) o registro, a análise da causa e do impacto, bem como o controle dos efeitos de incidentes relevantes para as atividades da instituição; e d) os mecanismos para disseminação da cultura de segurança cibernética nas IFs. A PSC vem confirmar que a manutenção da segurança da informação decorre de uma estratégia corporativa e de uma mudança de cultura, e não somente de investimentos em novas tecnologias, e oferece um roteiro para avançar na implementação

³¹ Resolução nº 4.658/2018, do Banco Central do Brasil (BRASIL, 2018a).

dessa estratégia baseada no reconhecimento da importância da proteção de dados para a credibilidade do sistema financeiro como um todo, para a estabilidade dos negócios bancários e o desenvolvimento de novos modelos de negócios que favorecem o crescimento dessa atividade econômica.

Nessa linha, a PSC pode servir de inspiração para outros ramos de atividades econômicas que necessitem estar apoiados em sólidas medidas de segurança da informação. Em termos mais gerais, no âmbito da lógica da LGPD e de seus limites rígidos no tratamento de dados pessoais, as medidas de segurança serão mais efetivas quando observadas desde a concepção do produto ou do serviço próprio de cada atividade empresarial. Não por acaso, a LGPD acolhe a ideia de *privacy by design*³², ou seja, o desenho e o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou mesmo modelos de negócios precisam levar em conta a segurança e o sigilo dos dados como um elemento essencial de seus projetos corporativos, desde seu início. Isso permite a adoção de controles mais efetivos, favorece o mapeamento e a auditoria dos riscos e estimula uma mudança organizacional nas empresas com maior respeito à privacidade das pessoas naturais. Mais particularmente, a ideia de *privacy by design* pode assegurar não apenas o cumprimento de parâmetros regulatórios e o *compliance* da proteção de dados, mas servem para direcionar o agente de tratamento de dados rumo a políticas corporativas que efetivamente avaliem os impactos das atividades empresariais nos usuários de seus produtos e serviços e nos terceiros interessados. Tais políticas corporativas poderão transformar os processos de criação, desenvolvimento, aplicação e avaliação de produtos e serviços e, portanto, serão capazes de criar informações com mais *valor* internamente para a organização e externamente para o mercado. Informações mais seguras juridicamente tendem a diminuir a litigiosidade processual e reduzir os riscos reputacionais das atividades empresariais e, desse modo, será possível avaliar os benefícios concretos do avanço da governança da informação em tais empresas.

6. CONCLUSÃO

O emprego das lógicas da *accountability* e dos laços de *confiança* contribui para o tratamento de dados de forma transparente e segura para o setor privado. Os marcos legais e as boas práticas de mercado existentes já servem de guia para a identificação das normas, diretrizes e dos controles de responsabilidade aplicáveis aos dados. A partir daí, é fundamental traçar as estratégias para desenvolver e aplicar políticas corporativas que contribuam para o valor, a qualidade e o *compliance* das informações.

³² CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by design: the 7 foundational principles**. 2011. Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, 2011. Disponível em: <https://privacy.ucsc.edu/resources/privacy-by-design---foundational-principles.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

Políticas corporativas serão mais transparentes sempre que seus administradores incorporem em suas normas os princípios básicos da governança corporativa e forneçam aos proprietários, ao mercado e as partes interessadas, em geral, a prestação de contas dos seus atos, com responsabilidade social (*accountability corporativa*), comunicando claramente a capacidade de suas empresas em gerar valor no presente e no futuro. A transparência empresarial não se esgota no *compliance* operacional do cumprimento de obrigações de fornecimento de informações exigidas legalmente, também conhecido como *estar em compliance*, mas pode ser ampliada numa política corporativa estratégica de governança, direcionada para *ser compliance*, alinhada a princípios e comportamentos éticos. A estratégia voltada ao *ser compliance* pode conferir mais *qualidade* às informações e preservar e agregar mais *valor* à organização empresarial.

Políticas corporativas para proteger dados nas organizações privadas demandam uma estratégia voltada ao desenvolvimento da segurança da informação, baseada na implementação de um conjunto de controles, incluindo políticas, processos, procedimentos, estrutura organizacional e funções de *software* e *hardware*, a fim de assegurar que os objetivos do negócio sejam atendidos. A segurança da informação compreende tecnologia, tal como a criptografia, mas não se esgota nelas. Tais políticas englobam além das medidas técnicas, a adoção de medidas administrativas, a fim de prover segurança jurídica em contratos de confidencialidade, políticas de privacidade e na caracterização de incidentes de segurança, por exemplo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO/IEC 27002**: tecnologia da informação, técnicas de segurança: código de prática para controles de segurança da informação. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

ADAM, Avshalom Madala; LACHMAN, Ran. The concept of information transparency: a spectrum in four dimensional spaces. **SSRN Papers**, Rochester, jun. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1422637>. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. Banco Central. Resolução nº 4.658, de 26 de abril de 2018. Dispõe sobre a política de segurança cibernética e sobre os requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 26-28, 30 abr. 2018a. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50581/Res_4658_v1_O.pdf. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.637, de 26 de dezembro de 2018. Institui a Política Nacional de Segurança da Informação, dispõe sobre a governança da segurança da informação, e altera o Decreto nº 2.295, de 4 de agosto de 1997, que regulamenta o disposto no art. 24, *caput*,

inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dispõe sobre a dispensa de licitação nos casos que possam comprometer a segurança nacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 23, 27 dez. 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9637.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 59, 15 ago. 2018c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 19 set. 2021.

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30-50, fev./abr. 1990.

CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by design**: the 7 foundational principles. 2011. Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, 2011. Disponível em: <https://privacy.ucsc.edu/resources/privacy-by-design---foundational-principles.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Retratos da sociedade brasileira: confiança interpessoal. **Indicadores CNI**, Brasília, DF, v. 6, n. 39, p. 1-3, jul. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/observatorio-nacional-da-familia/RetratosdaSociedadeBrasileiraConfianainterpeessoal.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

DELOITTE. **2014 global survey on reputation risk**: Reputation@Risk. London: DeLoitte, 2014. Disponível em: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Governance-Risk-Compliance/gx_grc_Reputation@Risk%20survey%20report_FINAL.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito privado e internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61-78.

EDELMAN, Daniel. **Edelman trust barometer**: trust and the CEO: annual global study. Chicago, IL: Edelman, 2017. Disponível em: <https://www.edelman.com/trust/2017-trust-barometer>. Acesso em: 20 out. 2022.

FAGUNDES, Suzana. Integridade como novo paradigma da reputação. **Revista de Governança e Compliance da Associação Comercial do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 30-34, dez. 2017.

FARIA, Fernando de Abreu; SYMPSON, Gladys. Bridging the gap between business and IT: an information governance perspective in the banking industry. In: BHANSALI, Neera. **Data governance**: creating value from information assets. Boca Raton: Taylor & Francis, 2013. p. 217-241.

FIABANE, Danielle Fabian. **Controle social**: um novo *frame* nos movimentos sociais. 2011. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens. O conceito e a prática de governança corporativa. In: VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira; FONTES FILHO, Joaquim Rubens; SOARES, Marden Marques (coord.). **Governança cooperativa**: diretrizes e mecanismos para fortalecimento da governança em cooperativas de crédito. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2009. p. 31-48. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/Pre/microFinancas/coopcar/pdf/livro_governanca_cooperativa_internet.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. São Paulo: IBGC, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Compliance à luz da governança corporativa**. São Paulo: IBGC, 2017. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=23486>. Acesso em: 20 out. 2022.

INTERNATIONAL DATA CORPORATION. **The digital universe of opportunities**: rich data and the increasing value of the Internet of Things. Amsterdam: IDC, 2014. Disponível em: <https://www.iotjournals.nl/wp-content/uploads/2017/01/idc-digital-universe-2014.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021.

INTERNATIONAL INTEGRATED REPORTING COUNCIL. **A estrutura internacional para relato integrado**. Brasília, DF: Febraban, 2014. Disponível em: <https://integratedreporting.org/wp-content/uploads/2015/03/13-12-08-THE-INTERNATIONAL-IR-FRAMEWORK-Portugese-final-1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

JIMENE, Camilla do Vale. Da segurança e das boas práticas. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (coord.). **LGPD**: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 339-341.

KOPPELL, Jonathan. Pathologies of accountability: ICANN and the challenge of “multiple accountabilities disorder”. **Public Administration Review**, Washington, DC, v. 65, n. 1, p. 94-108, jan./fev. 2005.

KROLL. **Anti-bribery and corruption benchmarking report 2017**. New York, NY: Kroll, 2017. Disponível em: <https://www.kroll.com/en/insights/publications/anti-bribery-and-corruption-benchmarking-report-2017>. Acesso em: 20 set. 2021.

MENZEL, Donald. Research on ethics and integrity in governance: a review and assessment. **Public Integrity**, New York, NY, v. 7, n. 2, p. 147-168, mar. 2005. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228343411_Research_on_Ethics_and_Integrity_in_Governance_A_Review_and_Assessment. Acesso em: 19 set. 2021.

MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César. Como manter um ambiente ético nas empresas? A agenda positiva de governança e *compliance*. **Compliance Rio**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 30-37, out. 2018.

MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César. *Compliance* e transparência: programas de integridade efetivos. In: CARNEIRO, Cláudio; MOTA FILHO, Humberto Eustáquio

César (org.). *Compliance: o estado da arte (regulações, práticas, experiências e propostas para o avanço da cultura da integridade no Brasil e no mundo)*. Curitiba: Instituto Memória/Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019. p. 69-85.

OLSEN, Johan P. *Accountability democrática, ordem política e mudança: explorando processos de accountability em uma era de transformação europeia*. Tradução de Eliane Rio Branco. Brasília, DF: Enap, 2018.

OVANESSOFF, Armen; PLASTINO, Eduardo; FALEIRO, Flaviano. **Por que o Brasil precisa aprender a confiar na inovação colaborativa**. São Paulo: Accenture, 2015.

SCHEDLER, Andreas Georg. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (ed.). **The self-restraining state: power and accountability in new democracies**. Boulder, CO: Lynne Rienner, 1999. p. 13-28.

SCHERER, Andreas Georg; PALAZZO, Guido. The new political role of business in a globalized world: a review of a new perspective on CRS and its implications for the firm, governance and democracy. **Journal of Management Studies**, London, v. 48, n. 4, p. 899-931, Jun. 2011. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-6486.2010.00950.x>. Acesso em: 20 set. 2021.

A DEFESA DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

The defense of democratic institutions

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A defesa do Estado e suas instituições; 3. A defesa das instituições democráticas; 4. A defesa da democracia. Referências bibliográficas.

RESUMO

O autor elenca as medidas constitucionais adotadas no Brasil, ao longo de décadas, para preservar as instituições democráticas e o Estado Democrático de Direito durante momentos de crise, desde a Constituição Imperial de 1824, passando pela Constituição de 1967, até chegar à Constituição Federal de 1988. O autor conceitua estado de sítio, estado de defesa e comenta sobre como a Constituição Francesa de 1958 e o *Patriot Act* nos Estados Unidos da América (2001) procuraram coibir guerrilhas e atos terroristas. Trata ainda de *fake news*, discurso de ódio e defesa da democracia na atualidade.

Palavras-chave: Constituições. Defesa das Instituições Democráticas. Defesa da Democracia. Defesa do Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

In this study, the author lists the constitutional measures adopted in Brazil over the decades to preserve democratic institutions and the democratic rule of law during times of crisis, from the Imperial Constitution of 1824 through the 1967 Constitution to the 1988 Federal Constitution. The author conceptualizes states of exception and states of defense and discusses how the 1958 French Constitution and the USA Patriot Act (2001) sought to curb guerrillas and terrorist acts. This study also deals with fake news, hate speech, and defense of democracy today.

Keywords: Constitutions. Defense of Democratic Institutions. Defense of Democracy. Defense of the Democratic Rule of Law.

1. INTRODUÇÃO

O tema proposto implica em três aspectos que rivalizam quanto ao caráter delicado e grave que possuem.

Um é o da defesa das instituições que é crucial para todo e qualquer Estado. Outro, que é prolongamento deste, o da defesa das instituições democráticas, estritamente falando. O terceiro, o da defesa da democracia como sistema de governança.

¹ Professor Emérito de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor '*honoris causa*' da Universidade de Lisboa, Portugal. Doutor em Direito Constitucional e Instituições Políticas da Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, França. Professor visitante na Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence: Université Paul Cezanne Aix-Marseille III, França. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno. Advogado. Autor do livro *A ressurreição da democracia*, lançado em maio 2021 pela editora Dia a Dia Forense.

Na visão que pretendemos expor, os três estão interconectados, mas não se confundem. Analisá-lo-emos separadamente. Contudo, não se pode esquecer que, na realidade, não se isolam.

2. A DEFESA DO ESTADO E SUAS INSTITUIÇÕES²

A segurança das comunidades humanas³ é um problema tão antigo quanto à existência delas próprias. A história registra que, desde tempos imemoriais, comunidades pretenderam destruir ou absorver outras, pelas mais diferentes razões, desde a religião até a necessidade de recursos de vida.

O problema não desapareceu. Ao contrário, quando estas comunidades se institucionalizaram, surgiu o que *lato sensu* se designa por Estado. Realmente, a institucionalização importa sempre numa divisão de tarefas e esta divisão precisa, necessariamente, ser adaptada a situações gravemente anormais para a eventual superação destas.

O mais antigo exemplo de uma organização específica para a defesa do Estado vem de Roma. A institucionalização da República romana estabeleceu uma divisão do poder que é a primeira versão do constitucionalismo – o chamado Constitucionalismo antigo, como o faz McIlwain⁴. Sua organização previu magistrados, como os cônsules, um conselho e o Senado, com poderes específicos, e reservou atribuições ao próprio povo, que as exercia nos *comitia*. Assim, dividiu o poder, criando um sistema de freios de contrapesos.

Ora, a experiência logo mostrou aos romanos que essa divisão do poder enfraquecia o Estado quando ameaçado por inimigos, ou quando desavenças internas promoviam comoção grave. Inventaram eles um instituto especial para a defesa do Estado e da ordem estatal. É a ditadura, instituto do direito público romano, instituto “constitucional”, que importava na concentração de todo o poder nas mãos de um cidadão para que assegurasse, com plenos poderes, sua defesa contra um inimigo ou o restabelecimento da ordem contra os que a queriam subverter. Esse ditador era escolhido pelos cônsules, com a aprovação popular, e detinha o poder pelo prazo máximo de seis meses. Sua regra fundamental era “*salus reipublicae suprema lex esto*”,

² Ver sobre isto os meus livros **O estado de sítio: na constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional** (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964) e **Estado de direito e Constituição** (5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113 e ss.)

³ Qualificamos as comunidades de humanas por ênfase, pois não concebo comunidade senão humana. Empregamos comunidades porque a expressão nos parece mais adequada do que sociedades. Este termo reflete a doutrina do contrato social, que certamente não é o fundamento científico dos agrupamentos humanos.

⁴ McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianápolis: Liberty Fund, 2008. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/2145>.

“a salvação da república há de ser a suprema lei”. Possuía, portanto, o ditador – dir-se-ia hoje – plenos poderes.

A história romana mostra inúmeros casos nos quais se recorreu à ditadura, seja em guerra contra inimigos como Cártaço, seja em casos de conflito interno, como os causados por Tibério Graco. Ela salvou Roma e serviu à ordem muitas vezes, mas no último século antes de Cristo, foi instrumento da morte da República, quando a ditadura perpétua foi outorgada a Júlio César.

No século XVIII, quando as revoluções liberais trouxeram consigo um novo constitucionalismo, com separação dos poderes, Estado de Direito e direitos fundamentais, pôs-se o problema de como defender o Estado e suas instituições na hipótese de guerra contra inimigos ou de comoção intestina grave - como antigamente dizia o direito brasileiro. Como fazê-lo de modo eficiente, mas respeitoso, desses princípios?

O meio que veio a ser adotado na maioria dos Estados constitucionais, entre os quais o Brasil imperial, foi de prever o chamado “estado de sítio”. Esse seria um estado em que vigoraria uma legalidade especial – uma legalidade de crise, consentida pela representação popular – a qual restringiria o exercício de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que alargaria o poder repressivo do Executivo e sua força armada, mas sempre temporariamente.

Decretado este estado de sítio com a participação do Legislativo e do Executivo, ficava, pois, instaurado um regime temporário e excepcional, durante o qual garantias constitucionais dos direitos fundamentais ficavam suspensas e assim, poderes extraordinários eram assumidos pela autoridade.

Vê-se bem isso na Constituição de 1824, no art. 179, § 34: “os poderes constitucionais não podem suspender a Constituição no que diz respeito aos direitos individuais, salvo nos casos e circunstâncias especificados no parágrafo seguinte”⁵.

E no § 35, vem na parte inicial: “nos casos de rebelião ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado que se dispensem, por tempo determinado, algumas formalidades que garantem a liberdade individual, poder-se-á fazê-lo por ato especial do Poder legislativo”⁶.

Está assim, já na Constituição do Império, o sistema de emergência que se conhece como estado de sítio, sistema este presente, inclusive em sua nomenclatura na Constituição de 1988. Sua essência consiste – insista-se – num regime de legalidade especial que se instaura para debelar graves crises. Um sistema que é rígido no sentido de apenas autorizar as ações expressamente permitidas por essa legalidade excepcional.

⁵ BRASIL IMPÉRIO. Constituição de 1824. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional 1886. **Coleção de Leis do Império do Brasil**: Rio de Janeiro, 1886, página 7, vol. 1, art. 179, § 34. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/18340>.

⁶ *Ibidem*, art. 179, § 35.

Sem dúvida, este modelo adotado pelo constitucionalismo moderno evoluiu do século XVIII até os nossos dias. Deveu-se isto, principalmente, às exigências da guerra “moderna”, um tipo de guerra que mobiliza todo o povo e todos os recursos desse povo.

Com efeito, a Primeira Guerra Mundial demonstrou a necessidade da mobilização de todas as forças da nação, inclusive de ordem econômica para o chamado “esforço de guerra”. Exigiu providências que não mais se limitavam a uma restrição de liberdades, mas a todo um elenco de medidas destinadas primacialmente a esse chamado esforço de guerra, ou seja, a mobilização da indústria e do trabalho para a fabricação dos artefatos bélicos e seu necessário financiamento, bem como o aprovisionamento das forças armadas e do próprio povo. Fez-se isto pela adoção dos chamados “poderes de guerra”, tanto pelos beligerantes como até por neutros, como a Suíça.

E isso se acentuou na Segunda Guerra Mundial.

Não se abandonou, todavia, a ideia central de que, mesmo nas mais graves crises, o poder teria de respeitar uma legalidade, ainda que especial.

Entretanto, a rigidez do sistema quanto às restrições de direitos individuais se mostrou uma vulnerabilidade quando revolucionários aprenderam a se aproveitar de tal rigidez, ou seja, da previsibilidade das ações de resposta, a fim de travar as guerras “revolucionárias”, sejam meramente anticolonialistas, sejam fundamentalmente comunistas. Dava-lhes a rigidez, a vantagem de conhecer antecipadamente as ações repressivas que poderão advir de sua ação.

Por outro lado, essas “guerras” privilegiaram o terrorismo nas cidades e a guerrilha no campo num esquema que se atribui ao líder vietnamita Ho-Chi-Min, depois copiado por outros e empregado até no Brasil.

A guerrilha serve para criar múltiplos focos de combate, evitando-se um choque localizado frontal e decisivo, obrigando a divisão das forças oponentes e conseguindo êxito em ações de surpresa.

Já o terrorismo acrescenta à luta um elemento psicológico. Os atos terroristas visam gerar um medo, pânico na comunidade – o terror – por sua intensidade e imprevisibilidade, levando o povo a desejar seu fim, qualquer que seja o resultado. Por outro lado, sua repressão sempre escorrega em abusos que tendem a deslegitimar as forças da ordem em face da opinião pública. Já se viu isso em muitas partes do mundo.

Ora, a tensão do terror, o cansaço com a situação e a deslegitimação do enfrentamento não somente enfraquecem o Poder estabelecido, como desencadeiam um desejo de paz que pode acabar por dominar a sociedade. Contra isso, o sistema rígido do estado de sítio pode ser até contraproducente, pois se dá maior força à repressão e restringe direitos fundamentais de todo o povo, o que evidentemente também desagrada à comunidade. Cria-se, assim, o ambiente desejado pelos insurgentes.

Em face desse tipo de “guerra”, a França, atingida por ela no Vietnã e depois na Argélia, incluiu na Constituição de 1958 o art. 16⁷, que praticamente dá carta branca ao presidente da República para combatê-la.

De fato, dispõe esse artigo:

Quando as instituições da República, a independência da Nação, a integridade de seu território ou o cumprimento de seus compromissos internacionais são ameaçados de forma séria e imediata e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais é interrompido, o Presidente da República toma as medidas exigidas por essas circunstâncias, após consulta formal ao Primeiro-Ministro, aos Presidentes das assembleias e do Conselho Constitucional.

Ele informa à Nação através de uma mensagem. Essas medidas devem ser inspiradas pelo desejo de garantir às autoridades públicas constitucionais, prontamente, os meios para cumprir sua missão.

O Conselho Constitucional será consultado a seu respeito.

O Parlamento se reúne de pleno direito. A Assembleia Nacional não pode ser dissolvida durante o exercício dos poderes excepcionais.

Não foi imitada, porém⁸.

No início desse século, o terrorismo ademais se internacionalizou. Deixou de ser um problema limitado ao espaço soberano de determinados Estados, mas que, por suas conexões e ramificações, transcende fronteiras. Veio, por isso, a exigir um novo elenco de ações repressivas com alcance internacional. A gravidade do impacto do terrorismo internacional se fez ver nos Estados Unidos, no 11 de setembro de 2001. Em resposta, um sistema complexo de defesa foi desenvolvido, nos países mais visados, destinado à “guerra contra o terrorismo”⁹. Tal sistema inclui não somente medidas que atingem direitos individuais de meros suspeitos, em tempos de normalidade, como todo um arcabouço de medidas de controle financeiro e de

⁷ FRANCE. [Constitution (1958)]. **Constitution de la Ve République a été adoptée par le Peuple français par le référendum du 28 septembre 1958, et promulguée par le président de la République le 4 octobre**. Paris: Présidence de la République, 1958. Disponível em: https://www.senat.fr/evenement/revision/texte_originel.html. Acesso em: 20 out. 2022.

⁸ Paradoxalmente este artigo foi utilizado pelo Governo De Gaulle para reprimir a rebelião (1961-1962) contra ele, da chamada *Organisation de l'Armée Secrète* (OAS), de insatisfeitos com a concessão da independência à Argélia. Entretanto, foi usado com moderação e sem a intenção de gerar uma ditadura no sentido moderno do termo.

⁹ Dele, o melhor exemplo vem dos Estados Unidos, com o **The USA Patriot Act**, de 26 de outubro de 2001 e o **The Patriot Act II**, de 9 de janeiro de 2003, que têm símiles na maioria dos Estados europeus. No Brasil, editou-se a Lei n. 13.260/2016 que é inócua. O Patriot Act II (Domestic Security Enhancement Act of 2003) foi um projeto de lei que vazou em fevereiro de 2003, mas nunca foi apresentado ao Congresso americano em sua totalidade. O projeto foi considerado uma proposta de expansão dos poderes de vigilância, detenção e acusação do Governo Federal, para além do Patriot Act original. Fonte: https://www.sourcewatch.org/index.php/Patriot_Act_II. Acesso em: 20 out. 2022.

comunicação social. Levou ele, na opinião de De Vergottini, como que à “superação da distinção entre direito normal e direito excepcional”¹⁰.

Vale agora passar os olhos sobre o sistema de defesa do Estado e das instituições democráticas previsto no Direito brasileiro, especificamente na Constituição de 1988 que seguiu esta tradição e adotou o sistema do estado de sítio, já previsto em 1824¹¹.

No Título V da Constituição¹² estão previstos o estado de defesa – forma atenuada – e o estado de sítio, propriamente dito. Entretanto, o exame mais aprofundado revela que este pode ter um perfil “normal” e outro agravado.

O estado de defesa, que é decretado pelo presidente da República, mas deve ser confirmado pelo Congresso Nacional *a posteriori*, autoriza um elenco restrito de medidas coercitivas que restringem direitos. Ele se destina a assegurar a ordem pública, ameaçada pela iminência de “instabilidade institucional” e também “por calamidades de grandes proporções na natureza”. Tem, necessariamente, limitação territorial e temporal, a princípio não podendo perdurar por mais de 30 dias. Depreende-se de seu perfil que visa reprimir apenas perturbações da ordem pública de caráter menos grave, de âmbito localizado, decorrentes até de eventos “naturais” – as calamidades.

Quanto ao enfrentamento destas, em seus aspectos que não interfiram com a ordem pública, o constituinte previu, no art. 21, XVIII, que a União planejasse e promovesse a defesa permanente contra elas. Por sua vez, a Constituição estabelece seja de competência concorrente da União, dos estados ou do Distrito Federal, a defesa da saúde (art. 24, XII), mas aos municípios não deixou competência senão legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I).

O estado de sítio se destina a enfrentar três situações diferentes de gravidade maior. A primeira é debelar “comoções graves de repercussão nacional” (art. 137, I); a segunda presume a ineficácia do estado de defesa (art. 137, I, parte final); e a última, a “declaração do estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira” (art. 137, II).

O estado de sítio é decretado pelo presidente da República, mas apenas depois de autorizado pelo Congresso Nacional por maioria absoluta (art. 137, parágrafo único). Tem duração fixada em 30 dias, que poderá ser prorrogada, sempre por 30 dias, de cada vez, exceto em caso de guerra ou agressão estrangeira, quando poderá sê-lo pelo tempo em que essas perdurarem.

O ato de decretação deverá fixar sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas (art. 138). Entretanto, com relação a pessoas, nas duas

¹⁰ Cf.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128-130.

¹¹ *Ibidem*, p. 130 e ss.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, data da publicação: 5 out. 1988, página 1, Título V. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

primeiras hipóteses, o estado de sítio não permite mais do que o elenco de medidas que arrola o art. 139. Estas, sem dúvida, afetam fortemente o exercício de direitos fundamentais, pois permitem restringir a liberdade pessoal, a liberdade de comunicação etc. É exclusivamente isso que permite o estado de sítio.

Entretanto, há uma forma agravada de estado de sítio, na qual, além de todas as restrições previstas no art. 139, são permitidas outras medidas contra pessoas, que não estão nele elencadas, como decorre do art. 139, *caput*.

Note-se que a regulamentação do estado de sítio é omissa quanto à mobilização industrial e outras exigências que ocorrem em caso de defesa territorial, defesa civil etc. Deixou-as à lei (v. art. 22, XVIII), o que dá uma grande abertura para a adoção de medidas, mas certamente pode importar em delicadas questões de constitucionalidade.

3. A DEFESA DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Ao proteger as instituições de um Estado democrático, os meios de emergência previstos para a defesa do Estado defendem também a democracia. Assim, confundem-se os instrumentos de defesa do Estado e das instituições democráticas.

A este respeito a Constituição brasileira é explícita, porque ao dispor sobre as medidas de emergência – estado de defesa e estado de sítio – as engloba num mesmo título, o Título V, exatamente designado por “Da defesa do Estado e das Instituições democráticas”, como há pouco se viu.

No mesmo sentido, a Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983, expressamente visa punir crimes que lesem ou ponham em perigo “II – o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito”¹³. Em razão disso, estabelece como crimes a formação de entidades que visem, por meios violentos, subverter as instituições, ou militar nelas etc. (arts. 16, 17, 22, 23). Consequentemente, ela protege a democracia contra ações que tenham por fim substituí-la por outro regime, usando de meios antidemocráticos.

Entretanto, o direito comparado mostra que, no corpo de várias Constituições, se encontram meios específicos de proteção à democracia ou a instituições essenciais à democracia. Nesse rol, incluem-se, por exemplo, normas sobre partidos políticos, bem como sobre o exercício de direitos fundamentais para fins políticos.

Quanto aos partidos, um importante exemplo foi e é dado pela Constituição alemã de 1949, a princípio Constituição da República Federal da Alemanha e hoje da Alemanha unificada. Trata-se da proscrição dos partidos antidemocráticos¹⁴.

¹³ BRASIL. Lei n. 7.170 de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, data da publicação: 15 dez. 1983, pág. n° 21004, art. 1º, II.

¹⁴ Cf.: meu livro **Os partidos políticos nas Constituições democráticas**, Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966.

No art. 21, a Lei Fundamental integrou o partido na mecânica democrática, ao afirmar: “1 – Os partidos concorrem para a formação da vontade política do povo. Sua criação é livre. Sua organização interna deve ser conforme os princípios democráticos. Devem prestar contas publicamente da origem de seus recursos”¹⁵.

Foi, além disso, subscreveu a tese de que os partidos antidemocráticos devem ser proscritos. Com efeito, em continuação, este artigo dispõe:

2 – Os partidos que, por seu programa ou pela atitude de seus membros, tenderem a atentar contra a ordem constitucional liberal e democrática ou a eliminar ou a colocar em perigo a existência da República Federal da Alemanha são inconstitucionais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a questão de sua constitucionalidade.¹⁶

Com base neste dispositivo foram proibidos o Partido Comunista e a revivescência do Partido Nazista.

Na verdade, a Constituição brasileira de 1946 já a precedera nessa defesa da democracia contra partidos antidemocráticos. Com efeito, no art. 141, § 13, ela determinou: “É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem”¹⁷. Com base nele, foi cassado pelo Tribunal Superior Eleitoral o registro do Partido Comunista e o mandato daqueles que por este partido haviam sido eleitos.

Esta proibição foi reproduzida pela Constituição de 1967, no art. 149, I. Este exigiu para os partidos o respeito aos princípios do “regime representativo e democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem”¹⁸. A Emenda n. 1/1969 o repetiu no art. 152, I.

A Constituição de 1988 diluiu a proibição no art. 17, *caput*, embora este determine pelos partidos “resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”¹⁹.

¹⁵ BERLIN. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949**. 20 Ed. Deutscher budenstag, 2020, art. 21. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, Seção 1, 19 nov. 1946, Página 13059, art. 141, § 13. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 18 out. 2022.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, Seção 1, data da publicação: 24 jan. 1967, página 953, art. 149, I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, data da publicação: 5 out. 1988, página 1, Título V. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

A citada Constituição alemã vai mais longe na defesa da democracia. No art. 18, ela estabelece que “perderá a liberdade de expressão do pensamento, a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de associação, o direito ao sigilo da correspondência e das telecomunicações, o direito de propriedade e o direito de asilo quem deles abusar a fim de combater a ordem democrática”.

Já, no Brasil, a Constituição de 1967 previu, no art. 158, I, que lei complementar estabelecesse casos de inelegibilidade, “visando à preservação do regime democrático”. Isso foi mantido pela Emenda nº 1/1969, no art. 151, I. Entretanto, permaneceu letra morta.

A Constituição de 1988 não o repetiu.

4. A DEFESA DA DEMOCRACIA

É inegável existir hoje, nos Estados democráticos, uma preocupação com a crise da democracia. Esta advém do fato de que entre o povo cresce uma decepção em relação a ela, a ponto de um conhecido livro discutir se o povo está contra a democracia.

Com efeito, pesquisas em toda parte revelam que muitos dentre o povo não a veem como a forma preferível de governo. Ou são indiferentes quanto a ela. O que constituiria um paradoxo, porque na democracia é ele, o povo, que governa, e noutros sistemas ele é apenas súdito do poder.

Entretanto, quando as pesquisas descem às razões dessa desafeição, aprende-se que ela tem três causas principais. Uma, o povo se entende malgovernado, porque não sente que foram atingidas as metas do bem comum. Outra, de perto ligada a esta, consiste na visão de que os representantes-governantes põem seus interesses acima de tudo e, por isso, às vezes, incidem até na corrupção. A terceira, que completa o quadro, está em que a governança parece mais preocupada com minorias, que se tornam privilegiadas em detrimento da maioria, composta dos homens “comuns”.

Assim, o povo não é contra a democracia, mas contra a atuação da governança democrática. Ou seja, contra o funcionamento da democracia representativa – a democracia que existe. O descontentamento não é contra a democracia, mas contra o mau funcionamento das instituições democráticas e suas distorções, que evidentemente existem e podem (e devem) ser corrigidas.

Há, porém, entre muitos democratas a preocupação com o “ovo da serpente”. Ou seja, com a difusão de ideias hostis à democracia.

Temem que isso repetisse o fenômeno que ocorreu num passado não longínquo – a primeira metade do século passado – na qual se difundiu a crítica à democracia, a ela se opondo o fascismo, o nazismo e o marxismo – todos contrários à democracia “burguesa” – com seus partidos organizados e seu propósito de tomar o poder para si, se preciso fosse por meios violentos.

Essa ameaça – perguntam muitos – será prevenida ou enfrentada suficientemente pelos meios de defesa das instituições democráticas já examinados?

Uma destas formas de ameaça seria a das chamadas *fake news*, notícias falsas, em detrimento da democracia ou de líderes democráticos, rapidamente difundidas a milhões de pessoas em breves instantes, como o propicia a tecnologia moderna.

Certamente, as *fake news* não contribuem positivamente para o funcionamento das instituições democráticas. Sem dúvida, a democracia somente teria a ganhar se fosse possível separar a verdade da mentira no debate político. É condição de uma decisão racional, política ou não, contar quem decide com uma informação veraz quanto ao objeto da decisão, nisto incluída, na política, a capacidade e a reputação do candidato.

Evidentemente, a informação deturpada compromete a decisão racional do eleitor. Entretanto, a propaganda que precede as eleições não se contenta com o que é verdadeiro, sublinha o que interessa a seu candidato, omite o que não lhe convém. E, como todos sabem, se dirige mais ao lado irracional – às paixões, por exemplo – do eleitor do que equacionar objetivamente os problemas que a governança deve enfrentar. Hoje, o ideólogo dos partidos e candidatos é o marqueteiro.

O mal das *fake news* está exatamente no fato de contribuírem para enganar o povo quanto a fatos e situações, portanto, quanto à informação com que ele conta para decidir pelo voto a escolha dos representantes que irão governar em seu nome e lugar.

Entretanto, a propaganda também engana e não é fácil traçar a linha separatória entre ela e as *fake news*.

O grande problema que suscita a desejável repressão das *fake news*, como da propaganda enganosa, está em que, para fazê-lo, seria imprescindível a censura. Esta, como todos sabem, importa num conflito com a liberdade de expressão do pensamento. Pior, ela implica sempre num critério definido do verdadeiro, do correto, do justo. Assim, ela presume um critério do politicamente correto, que em última instância vem a ser estabelecido pelo censor, ou melhor, pelo chefe do censor. A prova disso está no que ocorre e sempre ocorreu nos Estados autocráticos ou totalitários.

Ademais, a censura é um obstáculo para a ciência e para a difusão dos conhecimentos novos. Para o censor, na época de Galileu, por exemplo, a terra estava no centro do universo, e, na de Darwin, se houvesse censura o criacionismo teria impedido a difusão do evolucionismo.

Na verdade, a preservação da liberdade de expressão do pensamento é condição indispensável da democracia e do progresso. Pô-la em risco é elemento pior para a democracia do que as *fake news*. Estas se podem desmentir e contestar, mas a censura pode impedir o aumento do saber, cerceando o surgimento de ideias novas, a revelação das descobertas científicas. E, no plano político, calando a crítica e inviabilizando a responsabilização dos governantes.

Evidentemente não cabe qualquer tolerância para as *fake news* que constituam crimes, como calúnia ou difamação.

Outra ameaça seriam os “discursos de ódio” – tradução do inglês *hate speeches* – que são um mal maior. Se as *fake news* são um mau uso da informação, esses discursos são um abuso daninho da liberdade de expressão do pensamento. Com efeito, excedem mesmo manifestações agudas de discordância, na medida em que instigam o ódio contra um grupo de pessoas, violando sua dignidade humana e gerando perigo para estas.

Em muitos Estados já são eles especificamente criminalizados, como registra Jeremy Waldron²⁰. É o caso da Alemanha, da Inglaterra, do Canadá, da Dinamarca, da Nova Zelândia. Esta legislação se preocupa com manifestações que difamam grupos em razão de sua origem, etnia, raça, cor e religião, não com manifestações de desagrado ou de mera crítica para com governantes, como não raro ocorre no Brasil.

Não apenas essas manifestações são destrutivas para o Estado, porque dividem o seu povo em grupos opostos, como ferem a própria dignidade do ser humano. São igualmente destrutivas para a democracia, porque exacerbam as paixões em prejuízo da racionalidade política, como da colaboração sempre necessária para o bem comum. Transformam adversários em inimigos, sublinhando as diferenças, destruindo reputações, jogando grupos contra grupos, minorias contra minorias, ou contra a maioria.

Não há justificativa para eles em nome da liberdade de expressão do pensamento, caem no campo da criminalidade. Na verdade, no Direito brasileiro, o discurso de ódio já é crime, definido no art. 22, II da já citada Lei nº 7.120/1983. E também é criminalizada o discurso que agride os órgãos superiores dos três Poderes, ferindo a “reputação” deles, como diz a Lei no art. 26.

Vale observar, todavia, ser ingênuo pretender que as instituições democráticas são perfeitas (por exemplo, quanto ao sistema eleitoral e partidário), nem que seu funcionamento seja plenamente adequado ao governo pelo povo. Em razão disso é legítima a crítica à democracia (e ela tem sido feita por propostas como a da democracia participativa), mas esta crítica tem que se conter no plano do convencimento, jamais desbordar numa imposição pela força por parte de “iluminados”, ainda que baseados em pretendidas doutrinas científicas. Aliás, a liberdade de crítica está expressamente prevista no art. 22, § 3º da Lei nº 7.170 já citada.

Entretanto, justifica-se que seja vedada a pregação como o emprego de violência para correções da democracia, como está na lei brasileira. Com efeito, nas democracias existem caminhos próprios abertos para mudanças legítimas sem a necessidade de violência, como Emendas à Lei suprema. São eles o caminho e o método democrático de promovê-las. O recurso à violência é antidemocrático. É isto, sem dúvida, o fundamento do art. 18 da Constituição alemã que prevê restrições ao

²⁰ WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2014. p. 8 e ss.

exercício de direitos fundamentais dos que pregam a força como meio de transformação política.

Cumprir lembrar, entretanto, que, no estado de direito, que é incorporado à forma de democracia adotada no mundo moderno, não há crime sem lei que previamente o defina como tal. O *nullum crimen sine lege* não pode ser posto de lado sem que a liberdade seja atingida em seu âmago. A defesa da democracia não pode trair a própria democracia, violando esse e outros preceitos básicos. O fim não justifica os meios.

Caberia acrescentar ao rol dos riscos para democracia, o “populismo”. Este é um nome eufemístico para um problema que já existiu na primeira das democracias – a democracia ateniense. Só que lá se veio a conhecer como demagogia.

Esta é uma praga que não se combate senão pela formação cívica do cidadão²¹.

Cabe aqui insistir num ponto que já assinala Montesquieu, no *Espírito das Leis*²². Toda forma de governo para ter êxito precisa contar não apenas com normas que a definam, mas com um tipo de formação de ou para comunidade que vai vivenciá-la. Nisso, o papel da educação é essencial.

A vida num Estado Democrático de Direito não escapa dessa regra. Tem o povo de ser imbuído de alguns princípios fundamentais, como a prevalência do interesse geral sobre os particulares, o respeito à dignidade humana, o amor à liberdade e à igualdade. É esse o cerne da formação cívica.

Sem ela, nenhuma Constituição logrará implantar o ideal de Lincoln – um governo do povo, pelo povo, para o povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL IMPÉRIO. Constituição de 1824. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional 1886. **Coleção de Leis do Império do Brasil**: Rio de Janeiro, 1886, página 7, vol. 1. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/18340>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, Seção 1, 19 nov. 1946, Página 13059. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, Seção 1, data da publicação: 24 jan. 1967, página 953. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

²¹ Já o aponto no livro **A democracia possível** (São Paulo: Saraiva, 1978), cuja primeira edição data de 1972.

²² Cf.: MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat. **Do Espírito das Leis**: incluindo a polêmica em torno do “espírito das leis”. São Paulo? Edipro, 2004. Livro III – “Dos princípios dos três governos”, particularmente o cap. 3º – “Do princípio da democracia”.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, data da publicação: 5 out. 1988, página 1, Título V. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. **A ressurreição da democracia**. São Paulo: Dia a Dia Forense, 2021.

_____. **Estado de direito e Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O estado de sítio**: na constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

_____. **Os partidos políticos nas Constituições democráticas**. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966.

FRANCE. [Constitution (1958)]. **Constitution de la Ve République a été adoptée par le Peuple français par le référendum du 28 septembre 1958, et promulguée par le président de la République le 4 octobre**. Paris: Présidence de la République, 1958. Disponível em: https://www.senat.fr/evenement/revision/texte_originel.html. Acesso em: 20 out. 2022.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Sécondat. **Do espírito das leis**: incluindo a polêmica em torno “do espírito das leis”. São Paulo: Edipro, 2004.

UNITED STATES CONGRESS. **Uniting and strengthening America by providing appropriate tools required to intercept and obstruct terrorism (USA Patriot Act)**: act of 2001. Washington, DC: U.S. Congress, 2001. Disponível em: <https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2014.

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO: FERRAMENTAS DE TRABALHO E CRÍTICA DA PESQUISA CONSTITUCIONAL PSEUDOCOMPARADA¹

*Comparative Constitutional Law: working tools and criticism of
pseudo-comparative constitutional research*

Dimitri Dimoulis²

SUMÁRIO

1. Como não fazer “Direito Constitucional Comparado”; 2. O problema da definição do Direito Comparado; 3. Funções do Direito Comparado; 4. Métodos de estudo do Direito Comparado; 5. Comparação constitucional; 5.1. Unidade fundamental do constitucionalismo; 5.2. Multiplicidade de experiências nacionais; 5.3. Existem “famílias constitucionais”?; 5.4. Círculos constitucionais, constituições liberais e transformadoras; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

O estudo problematiza a definição e os objetivos do Direito Comparado. Examina sua utilização na argumentação jurídica e considera que o caminho mais indicado é analisar estruturas e normas para identificar as influências que certo ordenamento jurídico recebeu dos demais, procurando encontrar os transplantes jurídicos e sua forma de adaptação ao ordenamento receptor. Analisa peculiaridades do Direito Constitucional Comparado, destacando a fundamental unidade dos sistemas constitucionais e a necessidade de investigar a multiplicidade de modelos e experiências dessa unidade.

Palavras-chave: Comparação Jurídica. Constitucionalismo. Constituições. Influência Normativa. Transplante Jurídico.

ABSTRACT

This study discusses the definition and the purposes of comparative law. We describe the uses of comparative law in legal argumentation and argue that the most appropriate way to legally argue is to analyze structures and norms to identify the influences received by a legal system, finding legal transplants and how they were adapted to the receiving legal system. We also analyze the peculiarities of comparative constitutional law, highlighting the fundamental unity of constitutional systems and the need to investigate the multiplicity of models and experiences within this unit.

Keywords: Constitutionalism. Constitutions. Legal Comparations. Legal Transplants. Normative Influences.

¹ As seções 1 e 5.3. foram escritas para esta publicação. As demais constituem a versão atualizada e ampliada de texto inicialmente publicado em 2016: DIMOULIS, Dimitri. Objetivos e métodos do direito comparado e peculiaridades do direito constitucional comparado. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 35, p. 77-88, 2016. Agradeço o convite e o incentivo da dra. Patrícia Ulson Pizarro Werner.

² Professor de Direito Constitucional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

1. COMO NÃO FAZER “DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO”

O Direito Comparado é uma disciplina desprezada no Brasil. Isso ocorre apesar de ser muito comum encontrar, em estudos acadêmicos, capítulos que oferecem informações sobre certo tema na perspectiva de “Direito Comparado”. Tampouco ignoramos a publicação de centenas de estudos versando especificamente sobre “Direito Comparado”³, assim como o ensino da disciplina em nível de pós-graduação.

Ora, essa produção possui dois defeitos. O primeiro – e fatal – é que, via de regra, *não compara*, apenas informa sobre o direito de outros países e não atende critérios de rigor metodológico; apresentaremos a seguir (itens 2 e 3). O Direito Comparado não pode consistir no estudo do direito de outros países (“direito estrangeiro”). Essa confusão é comum em estudos jurídicos que oferecem informações sobre o direito de outros países, apresentando isso como “Direito Comparado”⁴. Ora, ao estudar, por exemplo, a prisão perpétua no Brasil e informar aos leitores que essa pena é admitida na Alemanha ou na Itália, o doutrinador não realiza comparação alguma, apenas confirma o fato de que o Direito é diferente em cada país⁵. A necessidade de não confundir Direito estrangeiro e Direito Comparado tinha sido formulada com clareza e insistência há mais de seis décadas no Brasil, por Caio Mário Pereira⁶, mas até hoje é ignorada pela maioria.

Além da crítica sobre a ausência de comparação (indevida identificação do direito estrangeiro com o direito comparado), temos uma segunda crítica a respeito da forma de escolher os países da comparação. O que a doutrina brasileira chama de “Direito Comparado” se ocupa de pouquíssimos países, entre os quais estão

³ A Biblioteca do Senado indica 1.316 publicações em português, incluindo “direito comparado” em seu título. Disponível em: <http://biblioteca2.senado.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁴ Dois exemplos entre centenas, cf. CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 469-492, dez. 2010; HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 193-210, jul./dez. 2015.

⁵ Se me for permitida uma referência pessoal, o meu primeiro contato com a problemática foi nos anos 1980, tendo como estudante cursado a disciplina de “Direito civil comparado”. A docente determinou que cada estudante pesquisasse a regulamentação dos regimes matrimoniais em um país. No meu caso foi a França. Pesquisei na biblioteca da Faculdade e do Instituto Francês de Atenas (período pré-internet!), encontrei e resumi manuais de direito civil francês e redigi o trabalho na forma de relatório. Tanto o meu como os demais trabalhos foram lidos na aula, tiremos excelentes notas e ninguém realizou comparação alguma!

Anos depois, a minha tese de doutorado sobre o indulto no direito comparado (1996) apresentou a regulamentação e prática do indulto em quatro países. Fiz algumas comparações, mas basicamente realizei apresentações paralelas sem reflexão sobre o método e a natureza do direito comparado.

Foi apenas nos anos 2000 com a leitura das obras de Watson (1993) e Sacco (2001) que comecei a entender o que realmente era o direito comparado.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 7, p. 35-51, out. 1955, p. 44.

quase sempre presentes os Estados Unidos e frequentemente a Alemanha, a França, Portugal, a Espanha, a Itália e o Reino Unido.

Ran Hirschl dedicou longas páginas de crítica a essa deficiência do Direito Comparado, visto que não é apenas ignorada a experiência da maioria dos países do mundo, como também são tiradas falsas conclusões, ao universalizar o que ocorre em alguns países⁷. O autor critica o fato de que o Direito Comparado praticado na Europa e nas Américas nunca menciona países populosos como Indonésia ou o Paquistão e, ao mesmo tempo, não estabelece critérios de escolha para que o estudo seja representativo. A leitura de Hirschl é um bom começo para problematizar a formação de uma espécie de “clube de elite mundial” que serve como objeto do Direito Comparado. Talvez a legislação e jurisprudência alemã sejam mais desenvolvidas e adequadas do que as da Indonésia. Mas não podemos saber disso antes de estudarmos o ordenamento da Indonésia, algo que nunca se faz! De todas as formas, o “Direito Comparado” não possui valor cognitivo se não tiver rigor metodológico e apenas oferecer informações sobre alguns ordenamentos.

Sabendo como não deve ser feito um estudo de Direito Comparado, passamos a indicar os pontos de partida de um estudo sólido e metodologicamente controlado. Três são os questionamentos principais aos quais deve responder quem realiza comparações jurídicas.

- a) Identificar os *objetivos* do estudo da matéria e justificar a escolha de países em vista desses objetivos;
- b) Estabelecer e discutir criticamente os *métodos* que permitem realizar comparações jurídicas não improvisadas;
- c) Conhecer as *peculiaridades* da comparação jurídica em cada ramo do Direito.

Para que isso seja possível devemos rejeitar uma objeção (nacionalista), segundo a qual cada país possui sua experiência peculiar, determinada por uma multiplicidade de fatores da história nacional, sendo impossível uma verdadeira comparação. A inquestionável diferença de dois ordenamentos não significa que não podemos realizar comparações, desde que sejam elaborados critérios de comparação.

Heráclito disse que não podemos entrar duas vezes no mesmo rio⁸. Isso é verdade desde que como “rio” se entenda uma combinação das águas momentânea e única, e não o Rio Amazonas, que existe há milênios e que, além disso, possui muitas semelhanças com outros rios. Aplicando essa distinção em nossa matéria, compreendemos que a insistência na unicidade de cada país, cultura e sistema jurídico,

⁷ HIRSCHL, Ran. **Comparative matters**: the renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 205-223.

⁸ TARÁN, Leonardo. Heraclitus: the River Fragments. **The Society for Ancient Greek Philosophy Newsletter**, Binghamton, n. 253, p. 1-20, Dec. 1989. Disponível em: orb.binghamton.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1252&context=sagp. Acesso em: 20 out. 2022.

constitui uma postura pessimista sobre nossa capacidade de entender o mundo com base em ferramentas comparativas. O Brasil é diferente da Argentina por definição. Mas isso não mostra que é impossível comparar o funcionamento do presidencialismo em ambos os países, indicando as (muitas) semelhanças e as (poucas) diferenças. O ceticismo sobre comparações grosseiras e imprecisas não justifica uma reação etnocêntrica. Devemos aprender com os outros e também levar em consideração que nenhum ordenamento permanece igual a si mesmo no tempo. O Direito brasileiro do Visconde de São Leopoldo não é o Direito de Ruy Barbosa nem o de Celso de Mello. Mas todas essas fases podem ser comparadas, tal como o Brasil pode ser comparado com a Argentina.

Em uma importante reflexão sobre o Direito Comparado, Frankenberg⁹ aponta dois riscos complementares. Primeiramente, a abordagem etnocêntrica que usa exemplos estrangeiros apenas para confirmar a superioridade da própria cultura, de suas regras e valores. Em segundo lugar, a vontade de aderir a uma cultura alheia considerada superior (*going native*, no vocabulário irônico do autor). Nenhuma dessas modalidades é verdadeira comparação jurídica. Para que a comparação seja efetiva, diz Frankenberg, o comparatista deve aceitar que faz parte de certo contexto cultural e científico nacional, por exemplo, que é um (a) brasileiro (a) que estuda o Direito de outros países com as lentes que lhe foram dadas pela sua socialização geral e jurídica. Além disso, o comparatista deve querer *transformar* sua cultura jurídica utilizando experiências estrangeiras, isto é, afastando-se do ponto de partida. O Direito Comparado possui finalidade *transformadora* mediante autocrítica¹⁰.

2. O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DO DIREITO COMPARADO

O termo “direito” indica, por um lado, o conjunto de normas vigentes e, por outro lado, o estudo dogmático e crítico dessas normas. Por isso, o Direito Constitucional é tanto um ramo do Direito Objetivo como disciplina acadêmica que analisa a produção normativa do ramo. Isso não ocorre com o Direito Comparado. Não há normas vigentes de Direito Comparado, nem esse “Direito” pode ser aplicado em algum lugar do mundo. Em uma palavra – óbvia, mas importante –, o Direito Comparado não é Direito¹¹.

Ora, se o Direito Comparado não indica uma realidade normativa, revela-se apenas como uma disciplina acadêmica que objetiva conhecer o Direito vigente em vários países. Isso ocorre tendo como ponto de referência o Direito vigente no país

⁹ FRANKENBERG, Günter. Kritische Vergleiche. Versuch, die Rechtsvergleichung zu beleben. In: FRANKENBERG, Günter. **Autorität und Integration**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003. p. 305-306.

¹⁰ Ibidem, p. 343-347.

¹¹ WATSON, Alan. **Legal transplants**: an approach to Comparative Law. London: The University of Georgia Press, 1993, p. 1.

do estudioso. Em razão disso, seria preferível não se referir a “Direito Comparado” e sim à “comparação jurídica” no sentido da comparação de ordenamentos jurídicos (*Rechtsvergleichung*).

Constitui objeto do Direito Comparado a classificação dos sistemas jurídicos. O doutrinador nacional procura descrever o ordenamento de seu país (por mais que essa descrição tenha aspectos subjetivos), e o estudioso do Direito estrangeiro observa uma realidade que pouco conhece também com fins descritivos. Já o comparatista tem um objetivo diferente. Estuda as realidades normativas de vários países (parte descritiva de seu trabalho) para classificar realidades jurídicas mediante comparação, algo que nem o doutrinador nacional nem o observador do direito estrangeiro fazem.

Vejamos um exemplo. Em trabalhos doutrinários é corriqueira a afirmação que o Brasil adota um “sistema difuso de controle judicial de constitucionalidade”. Essa observação parece óbvia, mas não é, na verdade, uma genuína observação/descrição do Direito brasileiro. Os termos destacados, “difuso” e “judicial”, não fazem sentido para o intérprete do Direito brasileiro nem para um jurista de outro país que quer se informar sobre o Direito brasileiro. Ao ler a Constituição e as leis brasileiras ninguém dirá que o controle de constitucionalidade é difuso nem que é judicial.

Tais termos surgiram mediante comparação entre sistemas jurídicos. O sistema brasileiro só é difuso porque sabemos que outros ordenamentos estabelecem controle concentrado (concentração da competência decisória em uma Corte constitucional segundo o modelo austríaco)¹². Da mesma maneira, o sistema brasileiro é judicial porque o sistema de outros países é apenas legislativo, como nos Países Baixos¹³.

O exemplo mostra a natureza eminentemente taxonômica do Direito Comparado. O comparatista descreve relações entre ordenamentos. Relações de semelhança, diferença, identidade, genéticas (o ordenamento A recebeu instituto do ordenamento B). O comparatista pode também fazer comparações quantitativas ou investigar mudanças no tempo. Quanto mais ricas forem as informações sobre os ordenamentos (não apenas legislação, mas também doutrina e jurisprudência) e maior for o número de ordenamentos examinados, maior será a probabilidade de termos comparações originais¹⁴.

¹² Os termos encontram-se em estudo que Carl Schmitt publicou em 1931, comparando o sistema estadunidense com o austríaco. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 102.

¹³ *Ibidem*, p. 356. Esteves considera que, nos Países Baixos, é exercido um controle judicial de constitucionalidade “fraco”. Contudo, a decisão que o autor invoca (decisão *Harmonisatiewet* de 14 de abril de 1989) diz que *nenhum* tribunal do país pode fiscalizar a constitucionalidade das leis, ainda que as considere inconstitucionais. ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Suprema Corte da Holanda. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). **Cortes constitucionais e supremas cortes**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 665-666, 687.

¹⁴ Exemplo: as modalidades e condições de reforma constitucional após estudo do direito constitucional de vários países: ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene (ed.). **The foundations and traditions of constitutional amendment**. London: Hart, 2017; WIESER, Bernd. **Vergleichendes Verfassungsrecht**. Wien: Springer, 2005, p. 85-97. Coletânea de textos que analisam institutos constitucionais com rico material comparativo: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (org.). **Comparative Constitutional Law**. New York, NY: Elgar, 2013.

3. FUNÇÕES DO DIREITO COMPARADO

As pesquisas de Direito Comparado objetivam, inicialmente, estudar experiências jurídicas estrangeiras, suas características e evolução. Um estudo nessa perspectiva satisfaz a curiosidade, por assim dizer turística, de quem deseja conhecer o direito, a política e a cultura de outros países¹⁵. Fazendo um passo além da curiosidade, os doutrinadores e os julgadores utilizam informações de Direito estrangeiro para demonstrar erudição ou como argumento de autoridade. Algumas vezes as referências a outros ordenamentos são utilizadas como demonstrações de erudição, ostentando o domínio da legislação, doutrina e jurisprudência estrangeiras. Em outros casos, estamos diante de um argumento de autoridade: “façam o que os melhores fazem”. Esse argumento atribui autoridade de maneira individual (“se a França é um país de admirável cultura jurídica, então devemos seguir a solução da França”) ou majoritária (“se a grande maioria dos países do mundo legalizou o aborto, o Brasil deve fazer o mesmo”).

Quem usa o Direito estrangeiro (não comparado!) como prova de erudição ou argumento de autoridade adota a perspectiva de um *participante*. É a perspectiva do operador jurídico nacional que busca argumentos para fortalecer suas teses¹⁶. Tais tentativas e formas de utilização do Direito estrangeiro não adotam a perspectiva própria do Direito Comparado que é a de um *observador/classificador* de experiências jurídicas.

Além disso, os usos instrumentais do Direito estrangeiro são *seletivos*. Não querem oferecer uma imagem completa das experiências jurídicas estrangeiras, apenas são mencionadas decisões e doutrinas que confirmam a opinião do autor, sendo oriundas de juristas e países considerados como referência para determinado ramo do Direito. Estamos diante da utilização “decorativa”¹⁷ do Direito estrangeiro, a serviço de estratégias processuais.

A utilização das experiências jurídicas estrangeiras na prática decisória do STF atende essas duas finalidades. É citada com predileção a jurisprudência e doutrina constitucional dos EUA, da Alemanha e, com menor frequência, da Itália, da Espanha e de Portugal. Além disso, são mencionados apenas argumentos que

¹⁵ Cf. FRANKENBERG, Günter. **Autorität und Integration**, p. 299-300.

¹⁶ DORSEN, Norman *et al.* (org.). **Comparative constitutionalism: cases and materials**. St. Paul, MN: Thompson West, 2003, p. 5.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 17-55, out./dez. 2009, p. 31. Pegoraro critica essas práticas que atribui a “falsos comparatistas” em PEGORARO, Lucio. Direito constitucional comparado e o uso comparativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham). **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 93-115, out./dez. 2009, p. 98.

estão de acordo com a tese do Ministro que vota¹⁸. Trata-se de tendência devidamente criticada na bibliografia nacional¹⁹.

Retomando uma imagem metafórica, o Direito Comparado começa quando o jurista deixa de ser apenas “poliglota” (conhecedor de ordenamentos estrangeiros) e se transforma em “linguista”, aplicando conceitos e métodos que permitem entender as semelhanças e diferenças entre os vários sistemas jurídicos²⁰. Essa transformação ocorre quando o estudo persegue a *segunda* finalidade do Direito Comparado. Trata-se de comparar conteúdos e estruturas de vários sistemas jurídicos para identificar semelhanças e diferenças.

A comparação permite também encontrar as *influências*, diretas ou indiretas, que recebeu certo ordenamento jurídico dos demais. Trata-se de identificar a multiplicidade das respostas jurídicas a problemas sociais e as intensas relações entre ordenamentos jurídicos que se escondem por detrás da aparência nacional e soberana de cada ordenamento.

Ao examinar o Código Civil da Turquia (*Medeni canunu*), que vigorou de 1926 até 2002, percebemos que foi apenas uma tradução do Código Civil da Suíça, dada a necessidade de rápida promulgação de um texto após a derrota da Turquia na Primeira Guerra Mundial, sendo que o tratado de paz fez o país assumir a obrigação de ocidentalizar seu Direito²¹.

Da mesma maneira, os tribunais de alguns países europeus (Grécia, Dinamarca, Noruega) realizavam controle difuso de constitucionalidade das leis, desde finais do século XIX, seguindo o exemplo dos Estados Unidos. Isso derruba o mito da opção “europeia” pelo controle concentrado constitucional e comprova o forte apelo do sistema estadunidense²².

¹⁸ Exemplos: STF, Plenário, Medida cautelar na ADPF 378, rel. Min. Roberto Barroso, julg. 17-12-2015 (procedimento de *impeachment*); STF, Plenário, ADIN 3.510, rel. Min. Ayres Britto, julg. 29-5-2008 (lei de Biossegurança); STF 1ª turma, HC 73.351, rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 9-5-1996 (provas ilícitas, em particular nos votos dos Min. Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence).

¹⁹ Cf. TAVARES, op. cit., 2009; SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **O uso de precedente estrangeiro pela Justiça Constitucional**: uma teoria de unificação do direito constitucional material. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010; LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. O STF e o argumento de direito constitucional comparado: uma leitura empírica a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 47, p. 32-65, jul./dez. 2015; HORBACH, HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira.

²⁰ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.

²¹ ATAMER, Yeşim. Rezeption und Weiterentwicklung des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei. **Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht**, Tübingen, v. 72, n. 4, p. 723-754, 2008. Texto do Código de 1926 disponível em: tbmm.gov.tr/kanunlar/k4721.html. Acesso em: 20 out. 2022.

²² HELGADÓTTIR, Ragnhildur. **The influence of american theories on Judicial Review in nordic Constitutional Law**. Leiden: Nijhoff, 2006. p. 11-101; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**, p. 76-82.

O pesquisador do Direito Comparado enfrenta múltiplas dificuldades²³. O acesso a dados é difícil por razões materiais e linguísticas. Para que haja comparação de boa qualidade não é suficiente o acesso a normas legais. Alguém diria que ao ler a lei do Sistema único de Saúde consegue entender como funciona o sistema de saúde pública no Brasil? É necessário se familiarizar com a doutrina e jurisprudência dos países sob comparação e também entender o contexto cultural e as práticas de aplicação do Direito. Isso implica custo de acesso às fontes, necessidade de pesquisas complexas e demoradas, enfrentamento de barreiras linguísticas e culturais. Além disso, a comparação bem-sucedida necessita de formas de comparação de conteúdos e estruturas jurídicas e sociais. São esses os problemas da “tradução jurídica”²⁴.

Podemos comparar maçãs e laranjas? Esse é o dilema do comparatista. Hirschl lembra que não é impossível comparar maçãs e laranjas²⁵, mas que é arriscado. Antes de qualquer comparação devemos estabelecer os *critérios* e as *condições* que tornam a comparação não apenas possível, mas também útil. Retomando a crítica da seletividade podemos sempre dizer que, ao contrário do Brasil, o Uruguai descriminalizou o aborto. Mas a pergunta é: que tipo de comparação se faz e com quais finalidades? Há países que descriminalizaram o aborto, outros (grande maioria da América Latina, minoria no mundo) que possuem normas repressivas semelhantes às brasileiras e alguns que incluem normas draconianas. As cortes constitucionais utilizaram os mais variados argumentos sobre a constitucionalidade ou não da criminalização do aborto²⁶. Caso seja apresentada como melhor a solução do Uruguai é porque agrada quem escreve e não porque é a melhor. Pode-se apostar que ao examinar outra questão, o mesmo doutrinador não escolheria o Uruguai como modelo!

Quem procura realizar uma comparação sólida, percebe que não é possível encontrar as “melhores” normas²⁷. Só faz sentido uma comparação que destaca *influências e mudanças históricas* recebidas de outro país pelas mais variadas razões (que o comparatista deve encontrar).

Em estudos de Direito Comparado encontramos listas de influências recebidas de direitos estrangeiros e reflexões sobre o grau de abertura de cada país a

²³ TUSHNET, Mark. *Advanced introduction to Comparative Constitutional Law*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2014, p. 5-9.

²⁴ GLANERT, Simone (org.). *Comparative Law*: engaging translation. Abingdon: Routledge, 2014.

²⁵ HIRSCHL, Ran. *Comparative matters*: the renaissance of Comparative Constitutional Law, p. 204.

²⁶ LUNARDI, Soraya; DIMOULIS, Dimitri. *O caso da gravidez indesejada*: dilemas éticos e jurídicos sobre aborto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

²⁷ Tushnet recomenda a adoção de uma Constituição liberal e enxuta que se limite a fixar “valores” e princípios, sem se perder nos detalhes. Mesmo sendo isso apresentado como “conclusão” de um livro de direito constitucional comparado, na verdade corresponde apenas à opinião de um constitucionalista estadunidense. TUSHNET, Mark. *Advanced introduction to Comparative Constitutional Law*, p. 116-121.

experiências estrangeiras²⁸. Além desse tipo de inventário de problemas e soluções, muitos comparatistas estudam a estrutura dos ordenamentos jurídicos e buscam encontrar “famílias” ou “círculos jurídicos” (*Rechtskreise*), cujos componentes teriam fortes semelhanças estruturais, compartilhando cultura, valores e formas de regulamentação jurídica²⁹.

Ulterior finalidade do Direito Comparado é a melhor compreensão do Direito do país do estudioso, mediante comparação de suas características com o Direito de outros países. Estudar comparativamente os modelos de tributação de mercadorias permite melhor entender as razões da opção do legislador nacional por determinado sistema, e as consequências econômicas e sociais que teriam soluções alternativas.

O Direito Comparado oferece também subsídios para projetos de reforma do Direito nacional, inspirados em soluções que tiveram êxito em outros países. Quando se constata, por exemplo, que o sistema inquisitório e o princípio da escrita no processo penal têm consequências indesejáveis para a qualidade da prestação jurisdicional e afeta indevidamente os direitos do acusado, pode ser realizada uma ampla reforma das normas processuais, instaurando um sistema acusatório, contraditório e oral com garantias de ampla defesa do réu por defensores públicos. Tal reforma pode (e deve!) se inspirar em experiências estrangeiras. Isso ocorreu no Chile na ocasião da elaboração do novo Código de Processo Penal de 2000. O Código é radicalmente diverso do anterior, sendo baseado na oralidade, celeridade e negociação, seguindo o exemplo do processo penal na Itália, na Alemanha e em alguns países da América Latina³⁰.

Em nossa opinião, o Direito Comparado adquire maior interesse teórico quando se analisam simultaneamente conteúdos e estruturas de vários sistemas jurídicos para identificar as *influências que recebeu certo ordenamento jurídico dos demais*. Trata-se de analisar as formas de comunicação, procurando identificar os transplantes jurídicos, as razões de cada um e sua história de adaptação ao ordenamento receptor.

4. MÉTODOS DE ESTUDO DO DIREITO COMPARADO³¹

Sabendo o *porquê comparar*, surge a pergunta *como comparar*. A comparação pressupõe uma medida ou referência. Uma mercadoria pode ser considerada “cara”

²⁸ Exemplo: TAVARES, André Ramos (org.). **Justiça constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

²⁹ Exemplos dessa tradicional tendência dos comparatistas: LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007; JERONIMO, Patricia. **Lições de Direito Comparado**. Braga: Elsa, 2015.

³⁰ Texto do Código disponível em: leychile.cl/Navegar?idNorma=176595. Acesso em: 20 out. 2022. Cf. as referências sobre sua elaboração em LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. **Derecho procesal penal chileno**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

³¹ A discussão sobre métodos é ampla e controvertida. Cf. WIESER, Bernd. **Vergleichendes Verfassungsrecht**, p. 38-43; FRANKENBERG, Günter. **Autorität und Integration**, p. 320-362; DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, jul./set. 2016.

ou “barata” se houver critério para tanto, por exemplo, a média de preço de produtos de certa categoria. No caso do Direito Comparado tal referência não existe. Não há modelo ideal ou Direito “perfeito” que permitiria que fossem feitas comparações nem uma espécie de “média” (“se no Brasil a pena máxima é de dez anos e na Argentina de 20, então a pena indicada é a de 15 anos”, algo que ninguém sustentaria, ainda que a comparação envolvesse uma centena de países). Tampouco há critérios para decidir o que é melhor, mais funcional ou adequado para determinado país e ramo do Direito.

Mesmo assim, o intuito valorativo está presente em muitos estudos de Direito Comparado. Seus autores procuram encontrar o “melhor” Direito ou criticar o direito vigente com base em comparações. Essa tentativa é clara em estudos no âmbito do denominado “Direito e Desenvolvimento”. Juristas estadunidenses e seus discípulos em vários países estabelecem o direito dos EUA como modelo a ser seguido, consideram que sua adoção garantirá desenvolvimento econômico e liberdade política e, criticando os sistemas jurídicos de outros países como “falidos”, “corruptos” ou ineficientes, querem impor concepções oriundas dos EUA. Nesse caso, temos um *imperialismo jurídico* disfarçado em estudo de Direito Comparado³².

As tentativas de encontrar padrões e critérios de comparação carecem de fundamento teórico por duas razões. Primeiramente, porque o impacto da mesma regra pode ser diferente em situações sociais diferentes. Se a adoção de uma lei de responsabilidade fiscal permitiu equilibrar as contas públicas na Nova Zelândia, diminuindo o déficit estatal, não se pode prever que o mesmo acontecerá no Brasil pelo fato de ter adotado lei fortemente inspirada na neozelandesa³³. Os parâmetros que influenciam a eficácia social e os resultados da aplicação de uma lei são múltiplos e, em sua maioria, não normativos³⁴. Isso significa que, ainda que haja diminuição do déficit estatal, como ocorreu por muitos anos no Brasil, isso não pode ser relacionado causalmente à lei.

Em segundo lugar, porque a criação e a aplicação do Direito são determinadas por opções políticas, promovendo interesses de certos grupos sociais em detrimento de outros. Por isso carece de sentido apresentar certa solução normativa como objetivamente melhor. O conhecimento e a comparação de experiências jurídicas estrangeiras oferecem valiosas informações. Mas não há modelo a ser seguido.

A essa dificuldade se acrescentam problemas devidos à complexidade do objeto da comparação. É comum ler comparações das semelhanças e diferenças entre

³² Críticas e indicações bibliográficas em KRONCKE, Jedidiah. Law and development as Anti-Comparative Law. *Vanderbilt Review of Transnational Law*, Nashville, v. 45, n. 2, p. 477-555, Mar. 2012; cf. MEYER, Emílio Peluso Neder. Repensando o direito constitucional comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, jul./dez. 2019.

³³ SIQUEIRA, Marcelo Piancastelli de (org.). *Reforma do Estado, responsabilidade fiscal e metas de inflação: lições da experiência da Nova Zelândia*. Brasília, DF: Ipea, 2006.

³⁴ SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87-102.

normas legais, limitando-se a maioria dos comparatistas à leitura de leis e Constituições. Mas a mera exposição do “Direito no papel” sem conhecer as práticas de aplicação e sem familiaridade com a jurisprudência e a doutrina é um exercício estéril.

Um exemplo. Podemos estabelecer quadros comparativos da forma de escolha dos juízes de tribunais superiores em dezenas de países. Mas o que isso ensina sobre a experiência jurídica de cada país? Qual o perfil dos escolhidos e quais as consequências do sistema de escolha na qualidade da prestação jurisdicional? Não aprendemos praticamente nada com os quadros comparativos se não soubermos como se exerce efetivamente a competência de nomeação, se, por exemplo, as autoridades políticas nomeiam juízes com critérios de lealdade partidária, com considerações de mérito ou com a combinação desses elementos. Além disso, a avaliação apenas será fidedigna se conhecermos o desempenho desses juízes, verificando o grau de sua independência funcional.

Um exemplo de comparações que se baseiam nos textos constitucionais e não na prática do Direito Constitucional são os trabalhos de Tom Ginsburg, de seus colaboradores e seguidores. Tais trabalhos³⁵ apostam na comparação *quantitativa*, examinando elementos formais como a extensão de cada Constituição, os anos de vigência, o número de emendas constitucionais, os temas e direitos regulados etc. Ora, construir bases de dados limitadas a textos e informações “contábeis” tem como resultado (melhor dizendo: como pressuposto) ignorar a realidade constitucional e política de cada país e, notadamente, sua doutrina e jurisprudência. Tais tentativas de comparação se revelam de escassa utilidade e de deliberada superficialidade³⁶.

A falta de parâmetro de comparação e o caráter estéril da construção de modelos com base em semelhanças e diferenças formais impõem operar um *deslocamento metodológico* em relação ao objeto da comparação. É aconselhável buscar as *influências recebidas por ordenamentos jurídicos alienígenas*³⁷. Trata-se de analisar as formas de comunicação e de influência (muitas vezes recíproca ou retroalimentadora) entre

³⁵ Exemplos: ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The endurance of national constitutions**. 2. ed. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2013; GINSBURG, Tom (ed.). **Comparative constitutional design**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2012; GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587-622, Aug. 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/jleo/article-abstract/30/3/587/881605?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 20 out. 2022; CHEIBUB, José Antonio; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. Beyond presidentialism and parliamentarism. **British Journal of Political Science**, Cambridge, MA, v. 44, n. 3, p. 515-544, Jul. 2014. Ver também a tentativa de macro-classificação (formalista) dos sistemas jurídicos com base em dados quantitativos em SIEMS, Mathias. Varieties of legal systems: toward a New Global Taxonomy. **Journal of Institutional Economics**, Cambridge, MA, v. 12, n. 3, p. 579-602, Sep. 2016.

³⁶ Cf. as críticas de TUSHNET, Mark. **Advanced introduction to Comparative Constitutional Law**, p. 6-7 e, mais moderadamente, de HIRSCHL, Ran. **Comparative matters: the renaissance of Comparative Constitutional Law**, p. 267-277 à tendência dos denominados “large-N studies”.

³⁷ WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to Comparative Law**.

ordenamentos, procurando não só identificar transplantes jurídicos, mas também as razões de cada transplante e a história de adaptação ao ordenamento receptor.

No que diz respeito às *razões* do transplante devemos perguntar se houve imposição mediante pressão política, econômica ou mesmo militar, como ocorria nas colônias e ainda ocorre em certos temas, por exemplo, na legislação antidrogas ou de lavagem de dinheiro. Em outros casos, temos imitação de modelo estrangeiro considerado mais funcional, por exemplo, importando normas sobre o reconhecimento da união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo, aplicadas com êxito em outros países. Não é incomum a recepção eclética com a elaboração de normas que resultam da seleção e combinação de elementos oriundos de várias fontes de inspiração. É o que ocorreu no Brasil com as sucessivas leis sobre ações afirmativas.

No que diz respeito ao histórico do transplante, trata-se de saber se é duradouro ou se, após a importação, ocorreu afastamento progressivo, aproximando-se o ordenamento de outros modelos ou trilhando seu próprio caminho. Em outros casos, não ocorre “importação”, mas se observa *convergência*. Isso se dá com a elaboração de “códigos-modelo”, com a aproximação dos direitos nacionais mediante tratados internacionais e, com maior intensidade, em países que pertencem ao mesmo bloco econômico.

Outro objeto de interesse dos comparatistas são as estratégias adotadas por instâncias receptoras (legisladores, tribunais) em relação ao Direito estrangeiro. Um tema bastante analisado nos últimos anos são as formas de recepção do Direito estrangeiro pelas Cortes constitucionais que podem adotar variadas posturas perante decisões e padrões argumentativos estrangeiros: “submissão” a exemplos estrangeiros, “repulsa”, “indiferença”, “uso decorativo” ou “interlocação”, sendo essa última postura a mais promissora³⁸.

Com o estudo das influências pelo Direito Comparado, a disciplina adquire natureza histórica, analisando os aspectos internacionais e comunicativos de certo ordenamento para constatar os pontos e a intensidade da aproximação e suas variações no tempo. Isso indica que o Direito Comparado deve utilizar principalmente os métodos da *história do Direito*, assim como os da *dogmática jurídica*, sendo imprescindível o conhecimento detalhado, profundo e, na medida do possível, direto das formas de interpretação e aplicação das legislações estudadas.

Isso impõe o abandono da visão generalizadora e simplificadora das “famílias”, assim como dos megaprojetos de comparação quantitativa do conteúdo de normas vigentes. Destaca-se, na nossa perspectiva, o estudo concreto de *casos de influência*, mostrando suas características e evolução no tempo³⁹.

³⁸ Seguimos as sugestões de TAVARES, Mark. **Advanced introduction to Comparative Constitutional Law**, p. 27-37 com leves modificações terminológicas.

³⁹ Cf. as críticas às classificações tradicionais dos comparatistas no direito privado em: PARGENDLER, Mariana. The rise and decline of Legal Families. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 60, n. 4, p. 1043-1074, 2012; SIEMS, Mathias. Varieties of legal systems: toward a New Global Taxonomy. **Journal of Institutional Economics**.

Nessa perspectiva, ao estudar as influências recebidas pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a Independência, constataremos a presença predominante de certos modelos legislativos e de formas de pensamento doutrinário. A forte influência inicial do Direito português e francês foi progressivamente mitigada com a aproximação a outros ordenamentos jurídicos, com a presença marcante do Direito dos EUA e com a diversificação de influências doutrinárias e jurisprudenciais. Isso torna imprecisas as afirmações genéricas sobre famílias, já que em cada ramo do Direito brasileiro há diversas tendências de pensamento, inspiradas na doutrina de vários países e influenciando de maneira pouco previsível as práticas decisórias.

Resumindo essas referências ao método da busca de influências, podemos lembrar dos três verbos que utilizou Léontin-Jean Constantinesco para descrever o trabalho do comparatista:

- a) *Constatar* (o Direito vigente);
- b) *Compreender* (o contexto social e as práticas de aplicação); e
- c) *Comparar* (estabelecer relações entre ordenamentos com base em critérios de classificação)⁴⁰.

5. COMPARAÇÃO CONSTITUCIONAL

Quem deseja estudar o Direito Constitucional Comparado encontra uma forte objeção. Em muitas áreas do Direito a comparação tem utilidade prática. Procura *harmonizar* as normas para facilitar sua aplicação em contextos supranacionais e, ainda que a harmonização encontre resistências, o conhecimento de regras de outros países é necessário em um mundo de relações jurídicas globalizadas.

No campo constitucional essa utilidade não se verifica. Por um lado, o que diz a Constituição pouco interessa as empresas que atuam internacionalmente ou as pessoas que transitam entre vários países. Por outro lado, a especificidade constitucional de cada país, enquanto atributo de sua soberania e condensação de sua história política é um poderoso obstáculo a qualquer tentativa de uniformização⁴¹.

Não faltam os entusiastas da convergência cosmopolita que consideram que há elites transacionais de juízes e doutrinadores que contribuem à aproximação dos sistemas jurídicos⁴² e mostram inabalável confiança ao potencial unificador e

⁴⁰ WIESER, Bernd. *Vergleichendes Verfassungsrecht*, p. 42-43.

⁴¹ Cf. TUSHNET, Mark. *Advanced introduction to Comparative Constitutional Law*, p. 2-3; WIESER, op. cit., p. 37-38.

⁴² Cf. o entusiasmo acrítico pelos processos de uniformização em DUTRA, Deo Campos; VIEIRA, José Ribas. O direito constitucional comparado entre renascimento e consolidação. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 76, p. 69-94, ago. 2017.

progressista das Cortes internacionais⁴³. Basta olhar o mundo real para constatar não apenas a forte resistência a qualquer tentativa de convergência normativa, sendo emblemático o fracasso da tentativa de impor uma “Constituição europeia”, mas também as fortes resistências a projetos de unificação pela jurisprudência ou doutrina através dos (supostos) “diálogos constitucionais”⁴⁴. A rejeição do triunfalismo universalizante indica que o Direito Constitucional Comparado deve se limitar a analisar e classificar os elementos estruturais dos ordenamentos vigentes.

5.1. *Unidade fundamental do constitucionalismo*

As variadas práticas jurídicas constitucionais que constatamos no mundo têm sua origem em um único modelo: na supremacia formal (e axiológica) das normas constitucionais que a) são escritas; b) objetivam limitar o poder estatal; c) garantem direitos fundamentais; e d) dividem competências entre autoridades estatais (“poderes” e entes federativos).

Temos aqui um ideário expresso pelo constitucionalismo que foi elaborado e aplicado nos EUA e na França pós-revolucionária desde o final do século XVIII, e, a seguir, recepcionado por ordenamentos jurídicos na Europa e na América Latina, até chegarmos à situação atual de predominância universal do modelo constitucionalista.

Entre o modelo estadunidense e o francês há diferenças, notadamente no que diz respeito à concepção da separação de poderes, havendo tentativa de equilíbrio entre os poderes nos EUA e clara predominância do Legislativo na França, assim como dispersão geográfica do poder nos EUA (federalismo) e unificação dos poderes medievais na França centralizadora-napoleônica⁴⁵. Mas isso não permite dizer que há diferença radical na estrutura constitucional e tampouco autoriza a tese⁴⁶ de que os países europeus teriam seguido o modelo da França. O que predomina, em nossa opinião, é a matriz comum e o objetivo unitário que se expressa em uma multiplicidade de configurações constitucionais, como veremos no item 5.2.

A *proximidade originária* dos ordenamentos constitucionais foi confirmada nas últimas décadas por fatores econômicos e políticos que se resumem na convergência das regulamentações jurídicas no período da globalização. A facilitação técnica e a

⁴³ Entusiasmo ainda mais acrítico em BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (org.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.

⁴⁴ KENNEY, Sally; REISINGER, William; REITZ, John (ed.). **Constitutional dialogues in comparative perspective**. New York, NY: Palgrave Macmillan, 1999.

⁴⁵ Uma juspublicista francesa, conhecedora do sistema estadunidense, oferece uma excelente comparação: ZOLLER, Elisabeth. **Droit constitutionnel**. Paris: PUF, 1999.

⁴⁶ TSCHENTSCHER, Axel. Dialektische Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht. **Juristenzeitung**, Tübingen, v. 62, n. 17, p. 807-816, Sep. 2007, p. 809.

intensificação das relações entre doutrinadores e operadores do Direito de vários países incentivaram a comunicação e tornaram acessíveis materiais jurídicos. Isso densificou as referências a direitos estrangeiros, designada como “internacionalismo judicial”⁴⁷, assim como a criação de um “patrimônio” comum⁴⁸ nos países europeus que repercute nos ordenamentos jurídicos de outros continentes. Mas, como dissemos, não se observou um relevante movimento de convergência constitucional.

Isso não impede mudanças pontuais com a recepção de institutos que um ordenamento rechaçava no passado. No campo do processo constitucional, tivemos em 2008 a introdução do controle de constitucionalidade judicial repressivo na França mediante reforma constitucional, após uma resistência jurídica e política de dois séculos⁴⁹. Em perspectiva semelhante, surgiu a possibilidade de controle judicial das leis do Parlamento britânico após a criação da Suprema Corte do Reino Unido em 2005, que usa como parâmetro a Convenção Europeia de Direitos Humanos na falta de Constituição rígida. Essa competência é exercida com extrema cautela⁵⁰. Mas a quebra do paradigma de séculos de soberania legislativa do Parlamento é indicativa da *aproximação* de modelos jurídicos e culturais no campo do controle de constitucionalidade⁵¹, confirmando a unidade do constitucionalismo.

A essa aproximação, por assim dizer cultural, dos Direitos Constitucionais nacionais, acrescentou-se a aproximação normativa em nível supranacional. Isso se deu com o fortalecimento:

- a) Dos sistemas de cooperação internacional em âmbito político e econômico;
- b) Das jurisdições supranacionais que permitem o acesso, indireto ou direto, dos indivíduos a seu sistema processual, podendo questionar decisões dos Estados nacionais;
- c) Das instituições de integração regional, a exemplo da União Europeia, que, por mais que não possua Constituição escrita e rígida, desenvolveu regras e procedimentos quase constitucionais, permitindo que sejam tomadas decisões de aplicação obrigatória nos Estados-Membros.

⁴⁷ ZEHNDER, Jacob. Constitutional comparativism: the emerging risk of comparative law as a constitutional tiebreaker. **Valparaiso University Law Review**, Valparaiso, IN, v. 41, n. 4, p. 1739-1788, 2006, p. 1784.

⁴⁸ PIZZORUSSO, Alessandro. **Il patrimonio costituzionale europeo**. Bologna: Il Mulino, 2002; HÄBERLE, Peter. **Europäische Verfassungslehre**. Baden-Baden: Nomos, 2009.

⁴⁹ LUNARDI, Soraya. Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 103, p. 285-306, jul./dez. 2011.

⁵⁰ São raríssimas as declarações de incompatibilidade entre leis britânicas e a Convenção Europeia de direitos humanos. Um exemplo é a declaração de incompatibilidade em relação à lei que discriminava uniões do mesmo sexo: **R v. Secretary of State for International Development** Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2018/32.html>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁵¹ Enumeração das tendências de convergência em DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**, p. 380-386.

5.2. Multiplicidade de experiências nacionais

A fundamental unidade do constitucionalismo não oculta o fato que os constituintes e os aplicadores das normas constitucionais possuem sempre um leque de opções e variações regulatórias. Forma de Estado, forma de governo, tipos de direitos fundamentais garantidos e formas de sua garantia, relações entre poder central e regional, Constituição econômica e tributária (que muitas vezes falta; o que também é uma opção), organização do controle de constitucionalidade e muitos outros temas recebem respostas radicalmente opostas, mostrando a real diversidade dentro da matriz comum.

Cada ordenamento faz escolhas que dependem da vontade política dos grupos dominantes. Podemos dizer que a experiência constitucional mundial possui um “cardápio” bastante rico, fazendo cada país opções à la carte, ao combinar elementos de maneira original, assim como criando regimes mistos (Estado unitário com forte autonomia das províncias, como no caso da Espanha; regime presidencial com fortes elementos de parlamentarismo como na França e, quem sabe, um dia no Brasil).

Nesse contexto, o estudo comparado do Direito Constitucional deve identificar *redes de influência e de colaboração* entre ordenamentos jurídicos, assim como casos pontuais de transplantes, analisando as aproximações, os afastamentos e as retroalimentações.

Cabe também ao comparatista analisar um fenômeno que, apesar de ser muito comum, não foi devidamente analisado até agora. Trata-se da *indiferença normativa*. Países vizinhos com fortes relações de intercâmbios culturais e econômicos apresentam, não raramente, baixo grau de comunicação jurídica. Um exemplo oferece o Direito Constitucional brasileiro e argentino. Há proximidade geográfica e econômica, além da matriz estadunidense do Direito Constitucional de ambos os países, incluindo a opção pelo federalismo, pelo presidencialismo e pelo controle difuso de constitucionalidade. Apesar disso, o que ocorre na doutrina e na jurisprudência do Brasil deixa indiferente a Argentina e vice-versa. A explicação deve ser encontrada na falta de construção de redes de influência, tendo preferido os juristas manter relações com países “do centro” (EUA, França), em vez de criar contatos diretos, confirmando nesse caso a opção “*going native*”, comentada no início do trabalho.

5.3. Existem “famílias constitucionais”?

Ao se referir à unidade fundamental das Constituições descartamos a possibilidade de ter famílias de ordenamentos constitucionais, dotadas de diferentes estruturas decisórias e padrões de regulamentação. Mesmo a corriqueira distinção entre países de direito escrito e de *common law* não tem utilidade no Direito Constitucional, em que as Constituições escritas e rígidas substituíram paulatinamente ordenamentos políticos costumeiros e os juízes se referem obrigatoriamente ao texto constitucional

e não a costumes e precedentes. Por mais que nos países do *common law* as decisões em matéria constitucional gerem precedentes, o precedente pode ser constantemente questionado com referência ao texto constitucional.

O único autor que, a nosso conhecimento, considera possível classificar as Constituições em “círculos jurídicos” é Bernd Wieser⁵². Inicialmente rejeita o termo “famílias”, observando corretamente que não existem claras relações genealógicas entre uma construção “mãe” e seus “descendentes”. Cada Constituição reúne elementos da experiência política e jurídica nacional, com influências de modelos estrangeiros e construções originais. Nesse sentido, haveria apenas Constituições próximas estruturalmente que formariam um círculo. O autor propõe uma classificação em dois níveis.

No primeiro nível, Wieser diferencia países com constituição liberal-democrática dos com Constituição antidemocrática ou autoritária. No primeiro grupo classifica as Constituições do capitalismo “ocidental”. No segundo, as Constituições dos Estados socialistas, dos islâmicos e das ditaduras do Ocidente. Acrescentando que talvez devesse ser criada uma terceira categoria, abrangendo Constituições dos países em desenvolvimento⁵³.

No segundo nível, o autor procura encontrar “círculos” menores dentro do círculo da Constituição liberal-democrática. Utilizando critérios de estrutura, diferencia os seguintes possíveis círculos de Constituições⁵⁴:

- a) Escritas e costumeiras;
- b) Federativas e unitárias;
- c) Republicanas e monárquicas;
- d) Círculos formados de acordo com as relações entre Executivo e Legislativo, levando também em consideração as características do sistema partidário⁵⁵.

Wieser considera esses critérios problemáticos, notadamente por serem vagos. Afirma que o melhor critério de classificação é a forma de controle judicial da constitucionalidade. Sugere como distinção básica a forma difusa ou concentrada da competência, dividindo, a seguir, os países de controle concentrado no grupo que admite controle amplo e no que limita o objeto de controle⁵⁶.

⁵² WIESER, Bernd. *Vergleichendes Verfassungsrecht*, p. 107-115. Pegoraro se refere a círculos constitucionais, mas de maneira pouco clara e convincente. PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemi costituzionali*. Torino: Giappichelli, 2020.

⁵³ WIESER, op. cit.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

A proposta de Wieser tem o duplo mérito sugerir critérios claros e relevantes e de expor ele mesmo as fraquezas de sua proposta. Mas, em nossa opinião, sua tentativa de distinguir entre círculos não parece convincente⁵⁷.

Em primeiro lugar, a distinção fundamental da democraticidade não é pertinente. Não somente porque há sérias dúvidas sobre a democraticidade de vários países e muitos critérios para definir a democracia, mas por uma razão puramente jurídica. Muitos regimes autoritários, por indiferença ou desejando serem legitimados, ostentam constituições que garantem a separação de poderes e os direitos fundamentais. A Constituição soviética de 1936, supervisionada e defendida por Stalin, tinha muitos elementos de uma Constituição democrática-liberal. A Alemanha nazista manteve em vigor a Constituição de Weimar. Já a ditadura militar grega (1967-1974) elaborou duas Constituições de cunho liberal-democrático, ainda que não tenham sido aplicadas na prática. Sabemos que a ditadura militar brasileira de 1964 também tentou dar aparência democrática-liberal ao direito constitucional “no papel”.

Em que “círculo” classificaríamos esses regimes? A tentativa de acrescentar critérios de efetividade, verificando, por exemplo, se há realmente eleições livres e tutela dos direitos fundamentais, torna o critério classificatório político e não jurídico, fracassando a tentativa de estabelecer círculos constitucionais.

Em segundo lugar, o critério do controle de constitucionalidade não nos parece o mais claro e relevante. Alguns diriam ironicamente que não é coincidência um jurista austríaco considerar crucial o controle judicial de constitucionalidade, cuja forma concentrada, hoje predominante no mundo, fora justamente elaborada na Áustria.

Além disso, o critério proposto ignora que há países que adotam sistemas mistos, como é comum na América Latina. Sem aprofundar aqui a questão da “mistura” dos modelos, é claro que eventual classificação do Brasil nos países de controle difuso ignoraria que, nas últimas décadas, o sistema constitucional foi profundamente marcado pela interposição e julgamento de ações de controle abstrato e principal cujos efeitos são até mais fortes do que no ordenamento austríaco (efeitos, via de regra, retroativos no Brasil e prospectivos na Áustria)⁵⁸.

5.4. Círculos constitucionais, constituições liberais e transformadoras

Se há uma classificação de círculos constitucionais que nos parece possível é a distinção entre Constituições *liberais* e *transformadoras*⁵⁹. Critério para tanto é a con-

⁵⁷ Cf. a crítica de TSCHENTSCHER, Axel. *Juristenzeitung*, p. 810-811.

⁵⁸ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*, p. 225-228.

⁵⁹ Realizamos a comparação desses dois modelos em VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. *Constituição e desenvolvimento*. In: LIMA, Maria Lucia Pádua (org.). *Direito e Economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 381-400. Versão ampliada em VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS,

cepção que certa Constituição adota sobre o *papel do Estado na economia*. A concepção da Constituição liberal atribui ao bem-estar social o sentido da *autodeterminação* dos indivíduos. O Direito deve remover obstáculos, permitindo que cada um persiga seu interesse em condições de liberdade e igual tratamento com os demais. Por isso, a Constituição liberal garante direitos e organiza a separação de poderes.

Já as Constituições transformadoras adotam um conceito *substantivo* de justiça social. Para tanto, formulam programas de desenvolvimento, considerando o Estado como ator central e impondo às autoridades estatais deveres de organização da economia e de redistribuição de recursos. Constituições como a brasileira e a indiana fazem parte das transformadoras, sendo exemplo mais marcante de tal Constituição a Lei Fundamental soviética de 1918.

Essa distinção é importante porque decorre de uma clara bipartição dos objetivos constitucionais. Mas não deixa de ser verdade que as Constituições transformadoras dos países capitalistas adotam também a separação de poderes “liberal” e garantem direitos individuais, incluindo o direito de propriedade privada e a livre iniciativa econômica⁶⁰. Nesse sentido aproximam-se das liberais, mostrando a relatividade da classificação.

Em nossa opinião, a busca de “círculos” de Constituições enfrenta grandes dificuldades, dada a fundamental semelhança de todas as Constituições escritas e também a extrema diversidade empírica. Por isso, o Direito Constitucional comparado deve adotar uma visão mais modesta e realista, procurando relações *genéticas* entre institutos, assim como criando classificações de normas e práticas de aplicação constitucional.

6. CONCLUSÃO

A partir do exposto, podemos concluir que ainda resta um caminho a percorrer no tocante ao aperfeiçoamento e sofisticação da disciplina do Direito Comparado, propriamente dita, sobretudo, na definição de suas técnicas e metodologia de pesquisa. Não basta ao Direito Comparado apenas apontar as diferenças de entendimento entre doutrinas do Direito de países distintos.

Dimitri. Transformative constitutions as a tool for social development. In: LIMA, Maria Lucia; GHIRARDI, José Garcez (org.). **Global Law**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 15-31. Sobre as Constituições transformadoras, cf. detalhadamente (e comparativamente) VIEIRA, Oscar Vilhena; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans (ed.). **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2014; VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV, 2017.

⁶⁰ GARGARELLA, Roberto. Lo ‘viejo’ del ‘nuevo’ constitucionalismo. **Estudios Sociales**, Santa Fe, v. 25, n. 48, p. 169-208, Jan./Jun. 2015. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

Consideramos que o caminho mais indicado para esse aperfeiçoamento da disciplina do Direito Comparado passe pela análise das estruturas e normas jurídicas, identificando as influências que recebeu certo ordenamento jurídico em comparação com os demais, procurando encontrar os transplantes jurídicos e sua forma de adaptação ao ordenamento receptor. Ao longo de uma pesquisa sistematizada, observou-se que subsiste uma unidade fundamental nos sistemas constitucionais, e também a multiplicidade dos modelos e experiências possíveis.

Para lograr êxito nas investigações da disciplina de Direito Comparado, é preciso conhecer as peculiaridades da comparação jurídica em cada ramo do Direito, discutindo criticamente, e também estabelecendo métodos de comparação jurídica não improvisados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Richard; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene (ed.). **The foundations and traditions of constitutional amendment**. London: Hart, 2017.

ATAMER, Yeşim. Rezeption und Weiterentwicklung des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei. **Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht**, Tübingen, v. 72, n. 4, p. 723-754, 2008.

BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (org.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 469-492, dez. 2010.

CHEIBUB, José Antonio; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. Beyond presidentialism and parliamentarism. **British Journal of Political Science**, Cambridge, MA, v. 44, n. 3, p. 515-544, Jul. 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Die Begnadigung in vergleichender Perspektive**. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

_____; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DORSEN, Norman *et al.* (org.). **Comparative constitutionalism: cases and materials**. St. Paul, MN: Thompson West, 2003.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, jul./set. 2016.

_____; VIEIRA, José Ribas. O direito constitucional comparado entre renascimento e consolidação. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, n. 76, p. 69-94, ago. 2017.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The endurance of national constitutions**. 2. ed. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2013.

ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Suprema Corte da Holanda. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). **Cortes constitucionais e supremas cortes**. Salvador: Juspodivm, p. 657-691, 2017.

FRANKENBERG, Günter. Kritische Vergleiche. Versuch, die Rechtsvergleichung zu beleben. In: FRANKENBERG, Günter. **Autorität und Integration**. Frankfurt am Maim: Suhrkamp, p. 299-363, 2003.

GARGARELLA, Roberto. Lo 'viejo' del 'nuevo' constitucionalismo. **Estudios Sociales**, Santa Fe, v. 25, n. 48, p. 169-208, Jan./Jun. 2015. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

GINSBURG, Tom (ed.). **Comparative constitutional design**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2012.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 30, n. 3, p. 587-622, Aug. 2014. Disponível em: <https://academic.oup.com/jleo/article-abstract/30/3/587/881605?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 20 out. 2022.

GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (org.). **Comparative Constitutional Law**. New York, NY: Elgar, 2013.

GLANERT, Simone (org.). **Comparative Law: engaging translation**. Abingdon: Routledge, 2014.

HÄBERLE, Peter. **Europäische Verfassungslehre**. Baden-Baden: Nomos, 2009.

HELGADÓTTIR, Ragnhildur. **The influence of american theories on Judicial Review in nordic Constitutional Law**. Leiden: Nijhoff, 2006.

HIRSCHL, Ran. **Comparative matters: the renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 193-210, jul./dez. 2015.

JERONIMO, Patricia. **Lições de Direito Comparado**. Braga: Elsa, 2015.

KENNEY, Sally; REISINGER, William; REITZ, John (ed.). **Constitutional dialogues in comparative perspective**. New York, NY: Palgrave Macmillan, 1999.

KRONCKE, Jedidiah. Law and development as Anti-Comparative Law. **Vanderbilt Review of Transnational Law**, Nashville, v. 45, n. 2, p. 477-555, Mar. 2012.

LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. **Derecho procesal penal chileno**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. O STF e o argumento de direito constitucional comparado: uma leitura empírica a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 47, p. 32-65, jul./dez. 2015.

LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

LUNARDI, Soraya. Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 103, p. 285-306, jul./dez. 2011.

_____; DIMOULIS, Dimitri. **O caso da gravidez indesejada: dilemas éticos e jurídicos sobre aborto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Repensando o direito constitucional comparado no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, jul./dez. 2019.

PARGENDLER, Mariana. The rise and decline of Legal Families. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 60, n. 4, p. 1043-1074, 2012.

PEGORARO, Lucio. Direito constitucional comparado e o uso comparativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham). **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 93-115, out./dez. 2009.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. **Sistemi costituzionali**. Torino: Giappichelli, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 7, p. 35-51, out. 1955.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Il patrimonio costituzionale europeo**. Bologna: Il Mulino, 2002.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **O uso de precedente estrangeiro pela Justiça Constitucional: uma teoria de unificação do direito constitucional material**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

SIQUEIRA, Marcelo Piancastelli de (org.). **Reforma do Estado, responsabilidade fiscal e metas de inflação: lições da experiência da Nova Zelândia**. Brasília, DF: Ipea, 2006.

TAVARES, André Ramos (org.). **Justiça constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 17-55, out./dez. 2009.

SIEMS, Mathias. Varieties of legal systems: toward a New Global Taxonomy. **Journal of Institutional Economics**, Cambridge, MA, v. 12, n. 3, p. 579-602, Sep. 2016.

TARÁN, Leonardo. Heraclitus: the River Fragments. **The Society for Ancient Greek Philosophy Newsletter**, Binghamton, n. 253, p. 1-20, Dec. 1989. Disponível em: orb.binghamton.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1252&context=sagp. Acesso em: 20 out. 2022.

TSCHENTSCHER, Axel. Dialektische Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht. **Juristenzeitung**, Tübingen, v. 62, n. 17, p. 807-816, Sep. 2007.

TUSHNET, Mark. **Advanced introduction to Comparative Constitutional Law**. Northampton, MA: Edward Elgar, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Constituição e desenvolvimento. In: LIMA, Maria Lucia Pádua (org.). **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, p. 381-400, 2012..

VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Transformative constitutions as a tool for social development. In: LIMA, Maria Lucia; GHIRARDI, José Garcez (org.). **Global Law**. Curitiba: Juruá, p. 15-31, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans (ed.). **Transformative constitutionalism: comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV, 2017.

WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to Comparative Law**. London: The University of Georgia Press, 1993.

WIESER, Bernd. **Vergleichendes Verfassungsrecht**. Wien: Springer, 2005.

ZEHNDER, Jacob. Constitutional comparativism: the emerging risk of comparative law as a constitutional tiebreaker. **Valparaiso University Law Review**, Valparaiso, IN, v. 41, n. 4, p. 1739-1788, 2006.

ZOLLER, Elisabeth. **Droit constitutionnel**. Paris: PUF, 1999.

O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO, CONTEMPLADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 5 DE OUTUBRO DE 1988

The democratic principle, contemplated in the constitution of the federative republic of Brazil, of October 5, 1988

Alexandre Lucas Veltroni¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Conceito de Democracia; 3. A Constituição de 1988 e o exercício da Democracia; 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

A Democracia é um instituto que há muito tempo vem se desenvolvendo. Especificamente no Brasil, contemplada na Constituição de 1988, tal conceito foi positivado como um dos princípios basilares do Estado e, também, tornou-se um direito das pessoas em território nacional a ser garantido pelo próprio Estado, o qual deve prover meios e condições para sua efetivação. Assim, passada uma geração da promulgação da nossa Carta Magna, necessário se faz reafirmar o princípio democrático como um princípio jurídico, com a finalidade de se efetivar o pleno exercício a todos em nosso país.

Palavras-chave: Democracia. Princípio Democrático. Exercício da Democracia. Constituição de 1988.

ABSTRACT

“Democracy” is an institute which has been in development for a long time. Specifically in Brazil, contemplated in its 1988 Constitution, the concept was affirmed as one of the basic principles of the State, becoming a right for individuals within the Brazilian territory, which the State must guarantee by providing itself means and conditions for its effectiveness. Thus, after a generation of the promulgation of our Magna Carta, it is necessary to reaffirm the Democratic Principle as a legal principle to make effective the full exercise of everyone in Brazil.

Keywords: Democracy. Democratic Principle. Exercise of Democracy. 1988 Constitution of Brazil.

1. INTRODUÇÃO

Há mais de 30 anos, deu-se a promulgação da Constituição brasileira de 1988, que nos trouxe a atual estrutura do Estado brasileiro e os direitos fundamentais do ser humano como base do nosso ordenamento jurídico. Importante lembrar, também, da afirmação do instituto da *democracia* como fator de empoderamento do povo.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direitos Humanos pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE-SP). Professor da graduação em Direito na Fundação Santo André (FSA) e de pós-graduação *lato sensu* no Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP). Executivo Público da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP). Advogado.

O instituto democrático foi uma conquista da população brasileira, especialmente na asserção dos interesses coletivos dos membros da nossa sociedade.

Este texto faz uma reflexão a respeito de tal instituto, a saber, o *princípio democrático*, contemplado na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, após transcorrido o tempo de praticamente uma geração de novos cidadãos, objetivando reafirmar sua efetividade jurídica.

A democracia, e sua afirmação como princípio fundamental do Brasil, há sempre que ser rememorada aos brasileiros, para que não se olvidem do fato de que, sem a possibilidade do exercício democrático, fatalmente teremos cerceamento de outro instituto fundamental ao indivíduo, que é a *liberdade*, pois estão intimamente ligadas.

Assim, a Constituição, além do mais importante documento positivado no ordenamento jurídico pátrio, no decorrer do tempo em que encima a ordem jurídica brasileira, é o pilar para a consolidação do instituto da *democracia* em nossa nação.

2. CONCEITO DE DEMOCRACIA

Democracia é uma ideia antiga e, assim sendo, comporta uma gama muito ampla de possíveis sentidos e entendimentos. Como já discorremos em texto² anterior de temática similar, com objetivo mais teórico e não crítico, temos que no estudo do conceito de democracia há uma infinidade de descrições pelos mais diversos autores das áreas de estudo da Filosofia e, com mais afinco, pelos estudiosos da Ciência Política.

A partir dessas disciplinas, em relação direta com a Ciência do Direito, o conceito de democracia passou a integrar as diversas espécies normativas inseridas nos ordenamentos jurídicos, em especial nos textos constitucionais. E assim, “ao ser contemplado na constituição o instituto da democracia torna-se, também, um elemento com conteúdo e conceito jurídico”³.

O dicionário Houaiss traz o seguinte descritivo:

Democracia

n. substantivo feminino

Rubrica: política.

1 *Governo do povo; governo em que o povo exerce a soberania*

2 *Sistema político cujas ações atendem aos interesses populares*

² VELTRONI, Alexandre Lucas. A afirmação da democracia e da cidadania na Constituição brasileira de 1988. **Universitas Jurídica**, São José do Rio Preto, v. 8, n. 16, p. 1-13, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://aplicacoes2.unirp.edu.br/Revista/Artigos.aspx?revista=1&edicao=16>. Acesso em 25 mar. 2021.

³ Ibidem.

3 Governo no qual o povo toma as decisões importantes a respeito das políticas públicas, não de forma ocasional ou circunstancial, mas segundo princípios permanentes de legalidade

4 Sistema político comprometido com a igualdade ou com a distribuição equitativa de poder entre todos os cidadãos

5 Governo que acata a vontade da maioria da população, embora respeitando os direitos e a livre expressão das minorias. (grifo nosso).⁴

A democracia pode ser entendida como “o governo do povo”, ou o governo no qual o povo é soberano em seus interesses, ao menos na consecução dos objetivos coletivos, no atendimento da vontade da maioria da população de um determinado Estado e, por consequência, na satisfação do “bem-comum”.

Quem firmou essa ideia de governo do povo, modernamente, foi Abraham Lincoln⁵, em 1863, na inauguração do memorial em homenagem aos combatentes da guerra civil dos Estados Unidos, com um discurso no qual afirmou que a democracia é o “governo do povo, pelo povo, para o povo”.

Hodiernamente, “democracia” se incorporou ao catálogo dos Direitos Humanos, reconhecido como direito de todos na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶, de 10 de dezembro de 1948, em seu art. 21, *verbis*:

Artigo 21.

1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direcção dos negócios, públicos do seu país, quer directamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.

3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.

Também, o do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional em 12 de dezembro de 1991,

⁴ DEMOCRACIA. In: DICIONÁRIO eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. CD-ROM. Versão 1.0.

⁵ LINCOLN, Abraham. Discurso de Gettysburg. **O Portal da História**, [s. l.], c2000-2010. Disponível em: <https://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro01.html>. Acesso em: 15 maio 2021.

⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Haia: ONU, 1947. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

e promulgado pelo Presidente da República em 6 de julho de 1992, traz a conceituação dos direitos democráticos, da seguinte maneira:

Artigo 25.

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.⁷

Assim, como direito humano reconhecido pela incorporação do comando democrático ao nosso ordenamento, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do PIDCP, temos que os direitos relativos à Democracia, pela análise sistêmica dos documentos internacionais, bem como da Constituição brasileira de 1988, aliam-se aos direitos fundamentais do ser humano, dos quais podemos fazer referência: à liberdade de manifestação e expressão, conforme o art. 5º, incisos IV e IX, ao direito de reunião, previsto no art. 5º, XVI, e aos direitos políticos, previstos nos arts. 14 a 16 da Constituição Federal de 1988, os quais nos garantirão o exercício pleno da democracia em nosso país.

Norberto Bobbio⁸, filósofo que abordou questões jurídicas, leciona a respeito de democracia:

Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político:

- a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a *Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania*, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos;
- b) a teoria medieval, de origem romana apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior;

⁷ BRASIL. Decreto no 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, publicado em: 7 jul. 1992, p. 8716.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília, DF: UnB, 2004. v. 1, p. 319.

c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e *a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticas e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república.* (grifo nosso).

Da lição de Bobbio, então, entendemos que democracia vem se firmando com o passar do tempo e, também, vem sempre relacionada ao exercício de poder, de algum governo ou de eventual comando de povos.

José Afonso da Silva⁹ expõe, acerca da democracia:

democracia como regime político, que é *um conceito histórico*. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente na vigência dos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, *mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo.*

Sob esse aspecto, *a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.*

Essa noção de democracia como processo significa que seu conceito não é absoluto, porque não existe democracia acabada. Talvez seja nesse sentido que Rousseau advertiu que, a tomar o termo no rigor de sua acepção, jamais existiu verdadeira democracia, e não existirá jamais, e acrescentou que se houvesse um povo de Deus, ele se governaria democraticamente [Cfr. *Du contrat social*, Paris: Sociales, 1955. P. 8-9], *o que, no fundo, significa reconhecer ser esse o melhor regime político.* (grifo nosso).

A regra da maioria no centro das decisões necessita que esteja prevista e estipulada no ordenamento jurídico, que preveja *como e quem* pode exercer o poder de decisão, ou seja, é necessária a existência de regras jurídicas que estipulem quais as pessoas ou instituições têm autoridade para atuar em nome da maioria e, por consequência, da população.

E, ainda, Bobbio¹⁰ continua a expor sobre o tema que:

⁹ SILVA, José Afonso da. O sistema representativo e a democracia semi-direta: democracia participativa. In: CANTU, Hugo. **Sistema representativo y democracia semidirecta**: memorial del VII Congreso de Derecho Constitucional. Ciudad de México, DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2002, p. 3.

¹⁰ BOBBIO, Norberto, **Dicionário de política**, p. 319.

O problema da Democracia, das suas características, de sua importância ou desimportância é, como se vê, antigo. Tão antigo quanto a reflexão sobre as coisas da política, tendo sido reproposto e reformulado em todas as épocas. De tal maneira isto é verdade, que um exame do debate contemporâneo em torno do conceito e do valor da Democracia não pode prescindir de uma referência, ainda que rápida, à tradição.

Paulo Bonavides¹¹, em lição a respeito da utilização do termo democracia, nos tempos atuais, nos adverte que:

Com respeito à democracia, sabemos que o termo se tornou equívoco não por obra dos que a prezam e cultivam – estes nunca se enganam acerca de seu verdadeiro significado, mas precisamente daqueles que a combatem e mistificam. [...] Cuidado, pois, com as palavras da nomenclatura política. Como elas enganam! No Brasil de hoje só há lugar para uma norma de democracia: a democracia-substantivo. Com adjetivos jamais a possuímos em fase do presente quadro institucional.

Robert Dahl¹², em sua obra a respeito da “Democracia” em relação direta com o “desenvolvimento da oposição pública”, assim entende:

uma característica-chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais. [...] um sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos. [...] para um governo continuar sendo responsivo durante certo tempo, às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais, todos os cidadãos plenos devem ter oportunidades plenas:

- a) De formular suas preferências.
- b) De expressar suas preferências a seus cidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva.
- c) De ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte de preferência.

Portanto, a partir dos ensinamentos supracitados, podemos referir que ‘a democracia representa a convivência em comunidade dos membros de uma mesma sociedade, na qual o estado tem que, como princípio basilar, garantir a dignidade humana dos membros desse mesmo estado e o próprio exercício democrático’, ou seja, garantindo aos cidadãos a liberdade de expor suas opiniões e defendê-las,

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 176.

¹² DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: Edusp, 1997, p. 25-26.

mesmo que sejam contrárias aos ideais dos governantes, respeitando-as e, até mesmo, em certos aspectos, garantindo suas execuções e implementações, quando instituídas pela ordem jurídica.

A democracia, entendida como um regime de governo, positivada no ordenamento – no Brasil inserida na Constituição de 1988 – passa a ser, então, um dispositivo jurídico, de observância obrigatória.

Assim, há necessidade de sempre ser reafirmado o entendimento de Democracia, especialmente em momentos históricos nos quais a população tende a não dar o devido valor ao princípio elementar de respeito à decisão da maioria dos membros da população, garantindo-se, desse modo, os direitos de todos os indivíduos.

3. A CONSTITUIÇÃO DE 1988¹³ E O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA

O Preâmbulo da Constituição de 1988, que dá o “norte”, o direcionamento do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, que irradia os “valores” que dominam toda a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, inicia o texto da Lei Maior informando que o Brasil é:

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. (grifo nosso).¹⁴

Nossa Constituição afirma, logo no início, em seu art. 1º, na íntegra:

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.¹⁵

¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 1º.

Desse modo, deixa clara a Constituição brasileira atual que a Democracia tem papel protagonista no ordenamento jurídico pátrio. E, por ser instituto de difícil conceituação, é preciso que sua importância se estabeleça e se firme a partir de seu exercício, de modo cada vez mais pleno, para que o povo, que é seu titular, se aproprie e se habitue a fazer parte do poder de governança do Estado brasileiro, através do exercício democrático da cidadania.

Nesse sentido, leciona Luis Roberto Barroso¹⁶:

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX, derrotando diversos projetos alternativos e autoritários que com ele concorreram. Também referido como Estado constitucional ou, *na terminologia da Constituição brasileira, como Estado democrático de direito*, ele é o produto da fusão de duas ideias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. *Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria.* O *constitucionalismo democrático*, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. E é, também, um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais (grifo nosso).

E continua o jurista¹⁷ a respeito de democracia, em especial a partir da Lei Maior brasileira:

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se inúmeras eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios poderiam ter deflagrado crises que, em outros tempos, teriam levado à ruptura institucional.

Desse modo, o Estado tem importância para o exercício da democracia por parte dos membros da sociedade, no sentido de que, por meio dele, Estado, é que o povo consegue ter condições para realizar o direito de escolha dos seus representantes por meio de eleições periódicas, proporcionando a esse povo uma política que estabelece a logística eleitoral.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. [S. l.: s. n.], 2012. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2023/11/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 1 set. 2013, p. 2.

¹⁷ *Ibidem*, p. 3.

O “voto direto e secreto”, que é a base do exercício democrático na efetivação dos direitos postos à disposição dos cidadãos, estabelece como obrigatoriedade a satisfação, pelo ente estatal, de condições para sua realização, nos termos da Constituição Federal, com fim último de se atender ao interesse coletivo e de perseguir a almejada conquista do “bem comum”. Deste modo é que o exercício democrático se faz, com a participação dos membros da sociedade no governo dela própria e, ainda, pelos indivíduos que escolhem seus governantes.

Estabelece, então, a nossa Carta Magna em seu art. 14., que “a *soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei*”¹⁸. E, aqui, temos que lembrar do conceito da vontade da maioria, mas sem nos esquecermos dos direitos das minorias. Portanto, não basta ser maioria vencedora de sufrágios para assumir o “poder” e começar a editar comandos legais ou regulamentares. Há que, em primeiro plano, guardar-se os ditames constitucionais e legais e, por consequência, respeitar e garantir os direitos das minorias.

Contudo, mais que sua consubstanciação por meio do exercício do sufrágio, a democracia é exercida para além dos períodos de eleições e das escolhas da população – por meio de plebiscitos e referendos. Ela deve ser exercida *diariamente*, por meio da participação dos indivíduos na fiscalização e gestão dos órgãos públicos, por meio de conselhos de escola, conselhos comunitários de segurança, audiências públicas dos três poderes instituídos e, até mesmo na vigilância e fiscalização dos entes públicos pelos próprios cidadãos.

Também o grupo governante, e aqui já podemos nos referir a um governo eleito, tem que demonstrar clareza em suas ações, além de obedecer rigorosamente à ordem jurídica, não podendo esconder os atos por ele praticados, devendo justificá-los de modo claro e transparente, embasados na lei, para que possam ser submetidos ao controle da população, ou seja, da sociedade em geral, além do controle de autoridades que têm por função a fiscalização do governo, bem como de grupos políticos, sejam eles situacionistas ou de oposição.

Robert Dahl¹⁹, em sua teoria da “poliarquia”, analisa os “percursos históricos” dos regimes e leciona que:

No entanto há boas razões para se pensar que a transformação de um regime de uma hegemonia num regime mais competitivo ou de uma oligarquia competitiva numa poliarquia tem resultados significativos.

a) Para começar, existem as liberdades clássicas que são uma parte da definição de contestação pública e de participação: oportunidade de exercer oposição ao governo, formar organizações políticas, manifestar-se sobre questões políticas sem temer represálias governamentais, ler e ouvir

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 14.

¹⁹ DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**, p. 41.

opiniões alternativas, votar secretamente em eleições em que candidatos de diferentes partidos disputam votos e depois das quais os candidatos derrotados entregam pacificamente os cargos ocupados aos vencedores etc. Familiares, imperfeitas, claramente insuficientes para garantir uma boa sociedade, trivializadas ao longo de muitas gerações pelos excessos retóricos, elas são facilmente entendidas como uma herança de significado bastante modesto. *Seus valores certamente parecem maiores aos que os perderam ou nunca os tiveram.* (grifo nosso).

Assim, Dahl ensina que, para a plena “democracia”, necessário se faz ter a garantia por parte do Estado da “oportunidade de se exercer oposição ao governo”, da possibilidade de se criar e manter “organizações políticas”, ter a possibilidade de manifestação “sobre questões políticas sem temer represálias governamentais”, além da garantia do direito político básico de “votar secretamente em eleições em que candidatos de diferentes partidos disputam votos e que, depois das quais os candidatos derrotados entregam pacificamente os cargos ocupados aos vencedores”²⁰. Estes, corolários tão necessários ao exercício democrático, merecem constante afirmação.

A partir daí, temos, então, que o Estado tem que respeitar os critérios que o levam a ser considerado como Democrático de Direito. E, nesse sentido, expõe Fernando Capez²¹, há um conjunto de “métodos e procedimentos decisórios ou de constituição de governo”, para que um determinado Estado possa ser considerado democrático, a saber:

O conceito formal de democracia se remete mais ao método ou conjunto de regras de procedimentos para a constituição de um governo ou para a tomada de decisões políticas, do que propriamente uma ideologia política. Nesse sentido, os métodos e procedimentos decisórios ou de constituição de governo inaugurados pela teoria política contemporânea, notadamente nas nações de tradição liberal, caracterizam-se por: 1) eleições para a escolha de representantes do povo; 2) formação de outras instâncias de poder local para função administrativa em conjunto com o órgão legislativo; 3) sufrágio universal para os maiores de idade; 4) representação equânime entre os eleitos; 5) liberdade para os eleitores votarem de acordo com suas convicções, sendo vedado qualquer forma de coação ou direcionamento do voto; 6) garantia de multiplicidade de opções ao eleitor; 7) adoção do princípio da maioria numérica para a escolha do vencedor; 8) vedação de limitação dos direitos da minoria por decisões da maioria e; 9) o órgão de governo deve gozar da confiança do Parlamento e do chefe do Poder Executivo, por sua vez, eleito pelo povo.

²⁰ DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição, p. 41.

²¹ CAPEZ, Fernando. A ciência política e os modelos democráticos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-30/controversias-juridicas-ciencia-politica-modelos-democraticos>. Acesso em: 20 out. 2022.

Resulta que, para garantir a democracia, nossa Carta Magna de 1988 determina os limites do Estado, por meio de seus princípios, tais como: o da legalidade dos atos da administração, o da moralidade administrativa, o da impessoalidade do administrador, este como um agente a serviço do Estado, o da legitimidade dos gastos públicos e o da economicidade nas despesas relativas ao erário público que se destina essencialmente a cobrir os dispêndios de relevância para o Estado e sua população. Todos esses princípios são claramente descritos e determinados pela Constituição Federal em seu art. 37 e outros dele decorrentes. E ainda nessa esteira, o princípio da publicidade dos atos da administração pública, previstos nos arts. 31, § 3º, e 37, *caput*, da Carta Magna.

E ainda, para a limitação do poder dos governantes e, mais do que isso, a necessidade do poder instituído respeitar e garantir os direitos dos demais membros da população e daqueles que divergem dos ideais dos membros da administração governamental, transcrevemos parte das lições de Norberto Bobbio²², de 1984, a respeito:

Se democracia é predominantemente um conjunto de regras de procedimento, como pode pretender contar com “cidadãos ativos”? É evidente que são necessários os ideais. Mas como não dar-se conta das grandes lutas de ideias que produziram aquelas regras? Tentemos enumerá-las?

Primeiro de tudo nos vem ao encontro, legado por séculos de cruéis guerras de religião, *o ideal da tolerância*. Se hoje existe uma ameaça à paz mundial, esta vem ainda uma vez do fanatismo, ou seja, da crença cega na própria verdade e na força capaz de impô-la. [...] Em segundo lugar, temos *o ideal da não-violência*: [...] o que distingue essencialmente um governo democrático de um não democrático é que apenas no primeiro os cidadãos podem livrar-se de seus governantes sem derramamento de sangue. As tão frequentemente ridicularizadas regras formais de democracia introduziram pela primeira vez na história as técnicas de convivência, destinadas a resolver os conflitos sociais sem o recurso à violência. Apenas onde essas regras são respeitadas o adversário não é mais um inimigo (que deve ser destruído), mas um opositor que amanhã poderá ocupar o nosso lugar. Terceiro: *o ideal da renovação gradual da sociedade através do livre debate das ideias e da mudança das mentalidades e do modo de viver* [...]. Por fim, o ideal da irmandade (*a fraternité* da revolução francesa) [...]. Em nenhum país do mundo o método democrático pode perdurar sem tornar-se um costume. (grifo nosso).

Dentre os princípios que regem o Estado brasileiro, os quais afirmam ser a nossa uma nação com *democracia* constitucionalizada e também prevista na ordem infraconstitucional, temos que lembrar dos direitos políticos alçados como

²² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 51-52

fundamentais, todos demonstrando um sistema hermenêutico ou de interpretação dos sentidos das normas, em que a *democracia brasileira* se comprova na prática, no exercício cotidiano, fazendo com que a população aja efetivamente como comunidade, tomando posição e assumindo suas próprias responsabilidades.

Nesse sentido, as lições de Franco Montoro²³:

Na justiça social, a pluralidade de pessoas se realiza através de uma relação em que o 'particular' é a pessoa obrigada e a 'sociedade', a pessoa moral ou entidade beneficiária. Cada particular dá à sociedade sua cooperação para o bem comum. [...]

Dissemos que a justiça social regula as obrigações dos 'particulares' em relação à 'sociedade', que se deve entender por 'particular' nesse conceito?

Em primeiro lugar, os homens considerados individualmente, como pessoas físicas ou naturais.

Além disso, as entidades ou grupos sociais intermediários que, como pessoas jurídicas, são também partes de uma sociedade maior, e têm igualmente obrigações para com o bem comum.

Como integrantes de uma grande orquestra, todos os membros da comunidade – indivíduos, grupos, associações, classes, empresas, dirigentes e o próprio conjunto – têm tarefas a cumprir e são partes no espetáculo.

É preciso acrescentar que essas tarefas recaem sobre governantes e governados. Com responsabilidades diferentes, adequadas a suas funções na comunidade, as autoridades e os cidadãos têm obrigações estritas e exigíveis em relação ao bem comum. (grifo nosso).

E prossegue²⁴:

Todas essas concepções partem de uma realidade elementar: *a Nação não é uma simples justaposição de indivíduos, mas uma comunidade de comunidades.*

Comunidade é a idéia-força de uma política humanista. Em oposição às tendências desumanizadoras do individualismo burguês e das diferentes formas de estatismo de esquerda ou de direita, cresce hoje em todos os meios a consciência de uma alternativa comunitária.

Em lugar da concentração opressora do poder em mãos do 'capitalismo' ou do 'Estado', uma política social e econômica de inspiração comunitária se orienta para a desconcentração das atividades e decisões, mediante a defesa e o desenvolvimento das comunidades sociais. E, ao mesmo tempo, pela substituição dos processos autoritários e paternalistas por processos democráticos de participação.

²³ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 215-217.

²⁴ Ibidem.

A pessoa humana – e não o capital, o Estado ou o partido – constitui o sujeito, o fundamento e o fim da vida social. Mas o homem real não é um ser isolado. Nenhum homem é uma ilha. Ele vive no seio de uma família. É empregado de uma empresa. Estuda numa escola. Mora num bairro. É associado de uma cooperativa. É membro de um sindicato, de uma associação, de um partido ou de um clube. É dentro de comunidades reais que ele vive e se desenvolve. Nas comunidades ele atua. É através das comunidades que ele pode ‘participar’ da vida de toda a sociedade. (grifo nosso).

Pelo já exposto, temos que a *democracia* será capaz de se tornar efetiva, ou seja, funcionará se o poder de *imperium* do Estado for limitado com previsão no ordenamento jurídico, como no caso do Brasil, que nos ditames da Constituição Federal de 1988 garante a todos, cidadãos ou não, os chamados direitos mais básicos ou fundamentais, além dos princípios basilares do Estado, estes últimos sendo os que vinculam nossos governantes no cumprimento das responsabilidades de suas funções e atribuições.

4. CONCLUSÃO

Vemos assim que nossa Carta Magna de 1988 é, com certeza, a garantidora de nosso Estado democrático, abrangendo todo o território brasileiro, sendo ela que nos assegura o cumprimento do exercício efetivo da *Democracia* e nos garante os elementos jurídicos componentes do Estado brasileiro, este um Estado Democrático de Direito que vem se impondo perante a sociedade e no inconsciente dos seus cidadãos, que desde então buscam alcançar uma sociedade em maior conformidade e perfeita convivência com todos os indivíduos aqui estabelecidos.

Por fim, a democracia será plenamente exercida se houver um Estado juridicamente organizado, conforme impõe o art. 1º da nossa Carta Magna, ou, como se entende, um Estado de Direito, no qual os indivíduos que constituem sua sociedade passam realmente a “sentir” o instituto da *democracia*, com o atingimento do “bem comum”, pelo exercício do direito básico de escolha livre dos governantes, pela fiscalização e o controle do Estado por meio da limitação do poder instituído, além do exercício democrático da contestação e/ou oposição de ideias políticas, sem que haja perseguição daqueles que as exprimem, permitindo que a população exerça plena e democraticamente seus direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. [S. l.: s. n.], 2012. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2023/11/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 1 set. 2013.

- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília, DF: UnB, 2004. v. 1.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2022.
- CAPEZ, Fernando. A ciência política e os modelos democráticos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-30/controversias-juridicas-ciencia-politica-modelos-democraticos>. Acesso em: 20 out. 2022.
- DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Edusp, 1997.
- DEMOCRARIA. In: DICIONÁRIO eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. CD-ROM. Versão 1.0.
- LINCOLN, Abraham. Discurso de Gettysburg. **O Portal da História**, [s. l.], c2000-2010. Disponível em: <https://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro01.html>. Acesso em: 20 out. 2022.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Haia: ONU, 1947. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.
- SILVA, José Afonso da. O sistema representativo e a democracia semi-direta: democracia participativa. In: CANTÚ, Hugo. **Sistema representativo y democracia semidirecta: memorial del VII Congreso de Derecho Constitucional**. Ciudad de México, DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, p. 3-31, 2002.
- VELTRONI, Alexandre Lucas. A afirmação da democracia e da cidadania na Constituição brasileira de 1988. **Universitas Jurídica**, São José do Rio Preto, v. 8, n. 16, p. 1-13, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://aplicacoes2.unirp.edu.br/Revista/Artigos.aspx?revista=1&edicao=16>. Acesso em: 20 out. 2022.

(DES)VINCULAÇÃO DE RECEITAS ORÇAMENTÁRIAS: ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS NA GESTÃO DE FINANÇAS PÚBLICAS

Un/tying revenue for the budget: analysis of the consequences for public finance management

Eduardo Philipe Magalhães da Silva¹

Flávia Ferreira da Luz²

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Orçamento público; 3. Receita orçamentária; 4. Vinculação de receitas: o que é vincular?; 5. A constitucionalidade da (des)vinculação; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

A gestão de finanças públicas se mostra prejudicada devido às destinações predeterminadas de recursos. Assim, este artigo objetiva demonstrar como as vinculações de receitas públicas podem prejudicar consideravelmente a aplicação de recursos em áreas que realmente demandam a atenção estatal. O estudo foi realizado por meio de pesquisa exploratória, em que se extraiu a importância do orçamento público para a melhor alocação de recursos, demonstrando suas principais características de controle e gestão governamental. Em seguida, é apresentado o estudo das Entradas Públicas, sendo observada sua subdivisão e quais recursos podem ser vinculados a despesas já predeterminadas. Adiante, faz-se a análise do impacto da vinculação na gestão de finanças públicas, enfrentando as críticas que são tecidas por vasta parte da sociedade e estudiosos da matéria que defendem a vinculação de forma equivocada em razão das relações de desconfiança e corrupção dos governantes. A partir da análise das implicações geradas pela vinculação, como o engessamento de recursos e a inversão de prioridades, mostra-se a necessidade de mecanismos desvinculantes para evitar as dificuldades enfrentadas na alocação de recursos orçamentários. Conclui-se que, para melhor desempenho na gestão de finanças e eficácia na execução de projetos de interesse público, a desvinculação se revela imprescindível.

Palavras-chave: Finanças Públicas. Recursos Públicos. Estado. Governo. Orçamento Público.

ABSTRACT

Predetermined allocations of resources impairs the management of public finances. Thus, this study aims to show how binding public revenues can considerably hinder the application of resources in areas which demand state attention. This study was conducted via exploratory research, in which the importance of the public budget is extracted for the best allocation of resources, showing its main characteristics of control and government management. Next, we offer a study of Public Inputs, observing its subdivision and discussing which resources can be linked to predetermined expenses. Next, we analyze the impact of linkage on the management of public finances,

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-Graduação em Direito Aplicado ao Ministério Público da União pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Graduação em Direito pela UFAL. Procurador do estado do Maranhão.

² Especialização em Direito Público Contemporâneo pelo Centro Universitário Regional do Brasil (UNIRB). Especialização em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Graduação em Direito pela Faculdade Jaguariaíva (FAJAR). Graduação em Administração Pública pela UEPG. Advogada.

facing the criticisms which a large part of society and scholars on the subject offer by mistakenly defending this linkage due to the mistrust and corruption of rulers. Our analysis of the implications generated by linking, such as fixing resources and inverting priorities, shows the need for non-linking mechanisms to avoid the difficulties faced in allocating budget resources. We conclude that, it is essential to untie resources for a better management of finances and efficiency in carrying out projects of public interest.

Keywords: Public Finance. Public Resources. State. Government. Public Budget.

1. INTRODUÇÃO

Apresenta-se neste trabalho uma abordagem sobre: os impactos causados pelas vinculações de receitas públicas, como ocorrem e as consequências desses mecanismos na gestão dos recursos públicos, conforme os resultados obtidos por meio de pesquisa exploratória.

Há uma análise de que as vinculações acarretam prejuízos para a sociedade, em razão das dificuldades enfrentadas pelo gestor público na hora de alocar os recursos públicos para o cumprimento das principais obrigações do Estado. Por sua vez, essa pesquisa terá como objetivo evidenciar de forma didática as questões relacionadas às vinculações de Receitas Orçamentárias no Direito Financeiro e na Gestão de Finanças Públicas, buscando demonstrar a lesividade para a atividade estatal e o comprometimento da eficácia e do bom desempenho na execução das atividades de interesse público.

Preliminarmente, faz-se necessária a abordagem sobre o que é Orçamento Público e as suas funcionalidades. A compreensão do Orçamento Público será crucial para atingir os objetivos desta pesquisa, pois se trata de um mecanismo com estrutura e finalidades especificadas em leis, cujo processo de elaboração ocorre com a proposta de projeto apresentada pelo Poder Executivo, para posterior apreciação do Poder Legislativo, de acordo com o mandamento Constitucional, conforme registra Sanches³.

Como este estudo visa tratar das vinculações de receitas públicas, mostra-se indispensável demonstrar que as receitas são espécies do gênero Entradas Públicas que abrangem todos os ingressos financeiros que adentram as contas públicas, nesse sentido: “essas entradas possuem naturezas distintas, sendo classificadas de diversas maneiras, especialmente sob a ótica da sua transitoriedade no patrimônio público, da sua periodicidade, da sua origem e da sua contrapartida”⁴.

³ SANCHES, Osvaldo Maldonato, 1997, p. 168 *apud* ALBUQUERQUE, Claudio; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. **Gestão de finanças públicas**: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal. 3. ed. Brasília, DF: Gestão Pública, 2013, p. 99.

⁴ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 123. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530990596/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]/4/18/1:37\[%206%C2%BA%2C%20an\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530990596/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]/4/18/1:37[%206%C2%BA%2C%20an]). Acesso em: 20 jun. 2022.

As receitas orçamentárias possuem definições diferentes de acordo com a forma que agregam o patrimônio estatal, tendo em vista a origem, constância, eventualidade, obrigatoriedade e finalidade contábil. Essas classificações são cruciais para compreensão das vinculações de receitas, pois o estudo da classificação aponta qual o tipo de Entrada Pública, sua finalidade de arrecadação, e se já possui despesa determinada ou não.

Com relação à forma, depara-se com a classificação da Lei nº 4.320/1964, que é responsável pela disposição das normas gerais do Direito Financeiro, para os entes estatais. Sobre o tema, Abraham expõe que de todas as classificações, talvez esta seja a mais relevante por conta da aplicação prática do tema “receitas públicas”⁵, já que essa lei foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como norma geral financeira.

Assim como o Orçamento Público informa os valores arrecadados pelo Estado e como devem ser utilizados esses recursos, também será demonstrado que as entradas de valores aos cofres públicos podem possuir inúmeras classificações de acordo com a natureza e a finalidade. Desse modo, caberá mencionar que as receitas vinculadas não são as únicas que o Estado deverá se ater na hora da utilização dos recursos; além dessas, existem outras receitas que, apesar de não possuírem caráter vinculante, possuem porcentagens pré-estabelecidas para determinados gastos definidos nos diplomas normativos.

Com relação às despesas já predeterminadas, o estudo apresentará o pensamento de Albuquerque, Medeiros e Feijó, na obra *Gestão de finanças públicas*, a qual informa que muitas vezes são gastos os recursos simplesmente porque se tem a obrigação legal ou constitucional de gastar naquela área. Não é raro o governante ordenar um gasto só por haver a obrigação de gastar os recursos. De tal modo, muitas vezes a vinculação acaba gerando gastos desnecessários à administração e aos interesses da coletividade, uma vez que o ordenamento cria a obrigatoriedade de gastos. Dessa forma, o gestor público encontra dificuldades para aplicar uma boa gestão de suas finanças. Essas dificuldades são refletidas na inversão e no engessamento de prioridades, no automatismo do gasto, na baixa elasticidade da despesa vinculada, dentre outras dificuldades que serão apresentadas.

A pesquisa também se propõe a apresentar a visão de autores que discutem acerca da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 93/2016, quanto ao “desvio de finalidade” na arrecadação de receitas.

2. ORÇAMENTO PÚBLICO

A literatura apresenta inúmeros conceitos acerca do que é o orçamento público, conforme cada critério e ponto histórico a ser avaliado. Tradicionalmente, o orçamento público é tido como lei autorizativa de gastos que o governo pode

⁵ Ibidem.

realizar durante um determinado período⁶, mecanismo voltado para atender o fluxo de dinheiro dos cofres públicos num certo íterim, gerenciando e especificando as fontes de financiamento e despesas realizadas pelos entes.

Trata-se de um mecanismo com estrutura e finalidades especificadas em leis, cujo processo de elaboração ocorre com a proposta de projeto apresentada pelo Poder Executivo, para posterior apreciação do Poder Legislativo, de acordo com o mandamento Constitucional, conforme registrado por Sanches:

ORÇAMENTO – Documento que prevê as quantias de moedas que, num período determinado (normalmente um ano), devem entrar e sair dos cofres públicos (receitas e despesas públicas), com especificações de suas principais fontes de financiamento e das categorias de despesas mais relevantes. Usualmente formalizado através de lei, proposta pelo Poder Executivo e Apreciada pelo Poder Legislativo na forma definida pela Constituição. Nos tempos modernos este instrumento cuja criação se confunde com a própria origem dos Parlamentos. Na verdade, ele é muito mais que isso, tendo assumido caráter de instrumento múltiplo, isto é, político, econômico, programático (de planejamento), gerencial (de administração e controle) e financeiro.⁷

Desse conceito, extrai-se ainda que nos tempos modernos, a instrumentalização de um documento com escopo de limitar o poder do soberano pode se confundir com a própria origem dos Parlamentos. Contudo, o orçamento vai além, tendo em vista seu caráter de instrumento múltiplo, pois engloba o gerenciamento de matérias políticas, econômicas, financeiras e de planejamento.

O Orçamento Público serve ainda como instrumento de planejamento estatal, pois é por meio da elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e do Plano Plurianual (PPA) que as metas de governo serão idealizadas, e a partir deste controle serão definidas, de forma equilibrada, a criação e a manutenção de políticas públicas e dos demais programas de governo, conforme informações extraídas do *site* do Governo Federal:

O orçamento público é o instrumento de planejamento que estima as receitas que o governo espera arrecadar ao longo do próximo ano e, com base nelas, autoriza um limite de gastos a ser realizado com tais recursos. Essa programação orçamentária consta na Lei Orçamentária Anual (LOA), elaborada com base nas metas e prioridades do Governo definidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). É a LDO que estabelece a ligação entre o Plano Plurianual (PPA) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Ao englobar receitas

⁶ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 11ª ed. Salvador: Juspodvim, 2022. p. 106.

⁷ SANCHES, Osvaldo Maldonato. 1997, p. 168, apud ALBUQUERQUE; MEDEIROS; FEIJÓ, **Gestão de finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal**, p. 99.

e despesas, o orçamento é peça fundamental para o equilíbrio das contas públicas e indica para a sociedade as prioridades definidas pelo governo, como, por exemplo, gastos com educação, saúde e segurança pública.⁸

Para além de mero documento contábil, o orçamento reflete o próprio caráter republicano do Governo. Orçamento republicano é aquele que arrecada progressivamente dos mais ricos e gasta progressivamente com os mais pobres, a fim de cumprir os objetivos fundamentais da Constituição⁹.

Para cumprir com os objetivos elencados na Constituição, o orçamento é peça fundamental a fim de que o Estado possa romper com a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais e regionais, garantindo o desenvolvimento nacional.

Assim, busca-se apresentar não apenas os objetivos, mas também a forma como o orçamento público impacta nesses quesitos tão importantes para o desenvolvimento e a prosperidade do Estado.

3. RECEITA ORÇAMENTÁRIA

Neste tópico, serão apresentados os diferentes meios pelos quais o Estado capta recursos para dar cumprimento às atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

Denomina-se receita orçamentária a entrada que, integrando-se ao patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondências no passivo, vem crescer seu vulto, como elemento novo e positivo¹⁰. As receitas orçamentárias têm como principal objetivo atender às necessidades da sociedade; nesse sentido, cabe afirmar que, sem as respectivas receitas, não há como falar em Estado, visto que este só poderá agir ativamente se obtiver recursos necessários para implementação de políticas públicas clamadas pela sociedade.

De tal modo, constata Catarino¹¹, ao citar que “sem receitas não há Estado”, demonstra que o Estado só poderá agir visando o bem-estar da sociedade se obtiver receitas suficientes para isso.

Cabe esclarecer que para haver a arrecadação de receitas públicas, mostra-se imprescindível uma despesa antecedente; logo, podemos afirmar que receita é o ingresso de valores em moeda destinados ao atendimento das finalidades do Estado.

⁸ BRASIL. Ministério da Economia. **Orçamento público**. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2021a. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/orcamento#:~:text=O%20or%C3%A7amento%20p%C3%BAblico%20%C3%A9%20o,ser%20realizado%20com%20tais%20recursos>. Acesso em: 20 jun. 2022.

⁹ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual**: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais. São Paulo: Fórum, 2018, p. 291.

¹⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 130.

¹¹ CATARINO, João Ricardo, 2016 apud ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro brasileiro**, p. 122.

Com relação aos processos de arrecadação, ao mencionar Aliomar Baleeiro, Abraham elenca cinco espécies nas quais o Estado angaria para si recursos:

Aliomar Baleeiro identifica cinco espécies de processos de financiamento do Estado: a) extorquir de outros povos ou receber doações voluntárias destes; b) obter rendas produzidas pelos bens e empresas do Estado; c) cobrar tributos ou penalidades; d) tomar empréstimos; e) fabricar dinheiro. O mesmo autor discorre sobre a evolução histórica das receitas públicas, destacando as seguintes fases:

a) parasitária: em que prevalecia a exploração ou a extorsão dos bens e rendas dos povos vencidos ou conquistados; b) dominical: remontava à Idade Média, quando preponderava a exploração dos bens do próprio Estado; c) regaliana: correspondia à cobrança de direitos regalianos (Régio ou Real) ou por concessão de privilégios reconhecidos aos reis, príncipes e senhores feudais para explorar bens, terras ou serviços, como a cobrança de pedágios, direitos sobre minas e portos; d) tributária: predominava a imposição de tributos, inicialmente através do poder soberano estatal e, posteriormente, evoluindo para estabelecer a arrecadação pelas vias democráticas; e) social: fase em que a tributação ganha novas funções que não a meramente arrecadatória, como a função extrafiscal e a sociopolítica.¹²

Nesse sentido, Harada introduz em sua obra dois conceitos de renomados autores. Em relação às receitas públicas, cita preliminarmente a visão de Sainz de Bujanda, que define a receita pública como “somadas de dinheiro que recebem o Estado e os demais entes públicos para cobrir com elas seus gastos”¹³, e faz referência a conceituação de Alberto Deodato, o qual aduz que “é o capital arrecadado, coercitivamente, do povo, tomado por empréstimo ou produzido pela renda dos seus bens ou pela sua atividade, que o Estado dispõe para fazer face às despesas públicas”¹⁴.

É importante frisar que as receitas públicas não se confundem com a entrada de recursos em caixa, trata-se da simples entrada de valores aos cofres públicos, bem como não se pode afirmar que todas as entradas se tornarão em receitas num determinado momento. Como exemplo de entradas que não se tornam receitas, têm-se as operações de créditos que passam a constituir outra modalidade de recursos visando o abastecimento dos cofres públicos, de acordo com os conhecimentos elencados por Aliomar Baleeiro:

Aliomar Baleeiro conceitua a receita pública como uma “entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento

¹² BALEEIRO, Aliomar, 2015 apud ABRAHAM, op. cit., p. 122.

¹³ BUJANDA, Sainz de, 1987 apud HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 45.

¹⁴ DEODATO, Alberto, 1969 apud HARADA, op. cit., p. 45.

novo e positivo”. Essa conceituação, contudo, deixa de lado as receitas oriundas das operações de crédito que passaram a se constituir em fonte regular de abastecimento de cofres públicos.¹⁵

As Entradas Públicas abrangem todos os ingressos financeiros que adentram as contas públicas e seu patrimônio, conforme explica Abraham: “essas entradas possuem naturezas distintas, sendo classificadas de diversas maneiras, especialmente sob a ótica da sua transitoriedade no patrimônio público, da sua periodicidade, da sua origem e da sua contrapartida”¹⁶.

As Entradas Públicas podem ser divididas entre provisórias, que são aquelas formadas pelos meros ingressos públicos, e as definitivas, que passam a ter caráter de receita pública. A diferença entre esses dois tipos de entrada é a brevidade com que tais recursos englobam o montante do patrimônio do Estado. Para melhor compreensão, entende-se por ingressos públicos os recursos que integram o patrimônio estatal de forma temporária, tendo sua destinação pré-definida para outra finalidade – a título de exemplo temos os cauções, as fianças, os depósitos recolhidos ao tesouro, bem como as operações de crédito –; enquanto as receitas propriamente ditas intervêm de forma definitiva, tendo em vista que a arrecadação se dá por meio de tributos, penalidades financeiras e da renda auferida pelo próprio patrimônio do Estado. Conforme elucida Abraham:

As entradas provisórias são comumente designadas por ingressos públicos. Já as entradas definitivas são denominadas de receitas públicas. O que lhes diferencia é a transitoriedade no patrimônio do Estado. Na concepção de ingressos públicos estão incluídos os recursos financeiros arrecadados de maneira temporária, para restituição à sua origem após determinada condição ou prazo. Já no conceito de receitas públicas são consideradas aquelas entradas financeiras que passam a integrar definitivamente o patrimônio do Estado. Exemplos de entradas provisórias seriam as cauções, as fianças, os depósitos recolhidos ao Tesouro e os empréstimos contraídos pelo Estado, ao passo que as entradas definitivas seriam as originadas dos tributos, das penalidades financeiras e da renda do próprio patrimônio do Estado.¹⁷

Como este trabalho visa tratar das receitas públicas, faz-se necessário a identificar as definições das receitas públicas e os efeitos produzidos ou não no patrimônio líquido.

Preliminarmente, observa-se que a Receita Orçamentária, para fins contábeis, pode ser efetiva ou não efetiva; nesse sentido, o *Manual de contabilidade aplicada ao Serviço Público do Tesouro Nacional* conceitua que:

¹⁵ BALEEIRO, Aliomar, 2015 apud HARADA, op. cit., p. 44.

¹⁶ ABRAHAM, **Curso de Direito Financeiro brasileiro**, p. 123.

¹⁷ Ibidem, p. 123.

Para fins contábeis, quanto ao impacto na situação patrimonial líquida, a receita pode ser “efetiva” ou “não efetiva”: a) Receita Orçamentária Efetiva aquela em que os ingressos de disponibilidade de recursos não foram precedidos de registro de reconhecimento do direito e não constituem obrigações correspondentes. b) Receita Orçamentária Não Efetiva é aquela em que os ingressos de disponibilidades de recursos foram precedidos de registro do reconhecimento do direito ou constituem obrigações correspondentes, como é o caso das operações de crédito.¹⁸

Dada a definição contábil, cabe sintetizar de modo geral as demais classificações das receitas. Quanto à origem, existem receitas originárias, derivadas e transferidas. A primeira é aquela que advém da exploração, pelo Estado, da atividade econômica, conforme:

São originárias as receitas resultantes das atividades do Estado como agente particular e, assim, submetidas ao direito privado. Trata-se das situações em que a Administração se encontra em relação de coordenação com o particular, que entrega recursos àquela não por conta de uma imposição, mas por força do exercício de sua autonomia. Está-se diante, portanto, de uma relação horizontal que se estabelece entre Estado e particular. Como exemplos, citem-se as receitas provenientes a) de contratos, herança vacante, doações, legados; b) de exploração do patrimônio do Estado por meio de vias públicas, mercados, espaços em aeroportos, estradas etc.; e c) da prestação de serviços públicos por concessionário (*i.e.*, preços públicos ou tarifas). Ao lado desses exemplos, cite-se, também, o recebimento, pela União, estados, Distrito Federal e municípios, de participação ou compensação financeira em razão da exploração de “petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais” em seus territórios, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, nos termos do artigo 20, § 1º, da Constituição.¹⁹

A segunda é caracterizada por constrangimento legal para sua arrecadação:

As receitas derivadas, como já adiantado, são aquelas cuja origem está no poder de imposição do Estado em face do particular. Decorrem, portanto, de uma relação de subordinação (ou vertical) que se estabelece entre a Administração e o administrado, a qual obriga este último à entrega de recursos ao Estado, sem que isso decorra do exercício de autonomia do particular. Há, ao contrário, constrangimento do patrimônio do particular. O exemplo clássico é o dos tributos, mas, ao lado desses, encontram-se,

¹⁸ BRASIL. Tesouro Nacional. **Manual de contabilidade aplicada ao setor público**. 8. ed. Brasília, DF: Tesouro Nacional, 2021c. p. 38. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:31484. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁹ PISCITELLI, Tathiane. **Direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 97.

também, as penalidades, tributárias ou não. Vale lembrar que a definição de tributo constante do artigo 9º da Lei nº 4.320/1964 faz referência direta à classificação dos tributos como receitas derivadas – fórmula posteriormente abandonada pelo CTN, o que corrobora o progressivo distanciamento entre direito tributário e direito financeiro.²⁰

A terceira categoria consiste em transferências de recursos entre os entes da Federação:

Por fim, temos as receitas transferidas, que, como a denominação indica, decorrem da transferência de recursos entre os entes da Federação. Portanto, diferentemente do que ocorre com as receitas originárias e derivadas, esses recursos resultam não de uma relação que se estabelece entre Estado e particulares, mas sim em virtude de relações entre os entes da Federação. Referidas transferências de receitas podem ser resultantes ou do texto constitucional e legal – nesse caso, teríamos transferências obrigatórias – ou de mera liberalidade do ente, a título de auxílio – hipótese das transferências voluntárias, definidas no artigo 25 da LRF. No que se refere às transferências voluntárias, conforme será visto mais adiante, elas são um instrumento relevante de apoio da União aos entes subnacionais (estados, Distrito Federal e municípios), e, precisamente por essa razão, muitas das penalidades contidas na LRF resultam na impossibilidade de recebimento de valores a esse título.²¹

Com relação à constância e eventualidade, são categorizadas como receitas orçamentárias ordinárias e extraordinárias. Regis Fernandes²² propõe a seguinte classificação:

Quanto à periodicidade, as receitas públicas dividem-se em: a) Receitas ordinárias: são aquelas receitas públicas recebidas com regularidade no movimento normal das atividades do ente federativo, como a arrecadação de tributos. b) Receitas extraordinárias: são aquelas receitas públicas não permanentes/usuais que ocorrem, por exemplo, no caso de guerra e doações.

Importante salientar que a constância em nada interfere na classificação como receita orçamentária – desse modo, não é porque a receita é extraordinária que será classificada como extraorçamentária.

4. VINCULAÇÃO DE RECEITAS: O QUE É VINCULAR?

No decorrer deste trabalho, discorreu-se como o Orçamento Público informa os valores arrecadados pelo Estado e como devem ser utilizados esses recursos.

²⁰ PISCITELLI, Tathiane. **Direito financeiro**, p. 97.

²¹ *Ibidem*, p. 99.

²² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 97.

Não obstante, também foi demonstrado que as entradas de valores aos cofres públicos podem possuir inúmeras classificações de acordo com a natureza e a finalidade.

Apesar dos inúmeros meios de arrecadação de receitas e demais ingressos, a Administração Pública não pode alocar esses recursos como bem entende, tendo em vista as vinculações definidas na legislação. Ao conceituar sobre a vinculação, Albuquerque, Medeiros e Feijó explicam:

Diante da demanda infinita para recursos finitos é comum que determinadas áreas clamem por mais verbas, seja para realizar investimentos ou para superar crises. Acontece que muitas vezes os recursos existem, mas não podem ser remanejados e destinados para a área que mais precisa porque estão legalmente ou constitucionalmente vinculados.

[...]

De maneira geral, vincular receita é previamente destinar parte ou a totalidade da arrecadação de determinada receita para uma finalidade específica, seja por meio de fundos ou estabelecimento de percentuais a serem destinados e aplicados a determinada área. E é aí que nasce a irracionalidade de ter recursos e não poder utilizar para o que é mais necessário. Isso quando não há um entesouramento nas contas dos fundos, ou seja, é como se fosse um “lucro” ou poupança do órgão, esquecendo-se que se trata de recurso público.²³

Desse modo, cabe mencionar que as receitas vinculadas não são as únicas as quais o Estado deve se ater na hora da utilização dos recursos; além dessas, existem outras receitas que, apesar de não possuírem caráter vinculante, possuem porcentagens pré-estabelecidas para determinados gastos definidos nos diplomas normativos.

A título de exemplo de receitas vinculadas, tem-se as contribuições denominadas, como o Programa de Integração Social e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), delineadas no mandamento Constitucional, conforme assinalam Albuquerque, Medeiros e Feijó:

As disposições constitucionais que tratam da contribuição para o PIS/Pasep estabelecem que, da arrecadação, 40% serão destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Social – BNDES e o restante será aplicado no financiamento do Seguro-desemprego e do Abono do PIS/Pasep. No caso da Cofins, 20% será desvinculado conforme Emenda Constitucional da Desvinculação de Receitas da União – DRU e o restante somente pode ser aplicado em ações da seguridade social, que abrangem gastos de saúde, previdência e assistência social. Nos dois casos, Cofins e PIS/Pasep, verifica-se a

²³ ALBUQUERQUE; MEDEIROS; FEIJÓ, *Gestão de finanças públicas*, p. 185.

preocupação do Legislador em garantir que a autorização para arrecadar recursos da sociedade seja acompanhada da aplicação dos recursos em ações importantes para a sociedade.²⁴

Diante dessa explicação, analisam-se pontos importantes a serem debatidos, sendo eles a aplicação da Desvinculação de Receitas da União (DRU) na porcentagem de 20% da arrecadação do Cofins e a aplicação de recursos em ações importantes para a sociedade.

Com relação à Emenda Constitucional que institui a DRU, é demonstrado que o referido dispositivo tem aplicação contrária aos ditames constitucionais, pois desvirtua a destinação de uma porcentagem considerável dos recursos arrecadados, seja no Cofins, conforme mencionado, ou em outras receitas obtidas pelo Estado.

Essa desvinculação se deu com o advento da Emenda Constitucional nº 96/2016, que trouxe nova redação ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data.²⁵

Nesse sentido, pode-se afirmar que as desvinculações ocorrerão até 31 de dezembro de 2023, na porcentagem de 30% da arrecadação relativa às contribuições sociais, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas.

A referida emenda não se direciona apenas aos recursos da União, mas também aos dos estados, Distrito Federal e municípios, consonante art. 76-A do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

Art. 76-A. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das receitas dos Estados e do Distrito Federal relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes.²⁶

A principal questão a ser discutida é acerca da constitucionalidade dessas desvinculações, tendo em vista que vai contra os ditames normativos constitucionais.

²⁴ ALBUQUERQUE; MEDEIROS; FEIJÓ, *Gestão de finanças públicas*, p. 185.

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

²⁶ *Ibidem*.

Dessa forma, cabe esclarecer alguns pontos que levaram a criação legislativa da destinação das receitas públicas:

Em muitas situações o mecanismo de destinar previamente recursos para determinadas finalidades está intimamente associado à desconfiança do legislador do presente em relação ao governante do futuro. Assim, se por um lado a prática busca garantir que determinadas prioridades sejam atendidas pelos governantes, por outro lado demonstra que a sociedade brasileira, representada no parlamento, ainda não atingiu o nível de amadurecimento necessário para a discussão de suas prioridades.²⁷

Desta análise, pode-se dizer que a intenção de vincular, consiste em trazer garantia para o futuro. Extrai-se aqui o fator insegurança, pois se existe a necessidade de atrelar receitas a determinadas finalidades, isto consiste na previsão de má administração de recursos futuros.

Por conta dos inúmeros casos de corrupção que assombram as gestões em quase todos os entes da federação, numa análise preliminar e desesperançosa, a vinculação é o mecanismo ideal para que não sejam desvirtuadas as necessidades do Estado. Contudo, vinculação gera uma melhoria do gasto público? Ao responder essa pergunta, Albuquerque, Medeiros e Feijó argumentam que não. Para os autores, “muitas vezes gastam-se os recursos simplesmente porque se tem a obrigação legal ou constitucional de gastar naquela área. Não é raro o governante ordenar um gasto só porque tem a obrigação de gastar os recursos”²⁸.

Assim, pode-se afirmar que muitas vezes a vinculação acaba gerando gastos desnecessários à administração e aos interesses da coletividade, uma vez que o ordenamento cria a obrigatoriedade de gastos. Dessa forma, o gestor público encontra dificuldades para aplicar uma boa gestão das suas fianças.

Essas dificuldades são refletidas na inversão e no engessamento de prioridades, no automatismo do gasto, na baixa elasticidade da despesa vinculada, dentre outros.

De forma didática, Albuquerque, Medeiros e Feijó conceituam esses elementos nos seguintes termos:

Inversão de prioridades – os órgãos que contam com receitas vinculadas tendem a executar, com esses recursos, os gastos de menor importância na escala de prioridade do governo, de forma a pressionar o Tesouro, posteriormente, no sentido da alocação de recursos adicionais necessários para o atendimento de despesas incompressíveis, como os pagamentos de pessoal e encargos sociais;

²⁷ ALBUQUERQUE; MEDEIROS; FEIJÓ, *Gestão de finanças públicas*, p. 186.

²⁸ *Ibidem*.

Engessamento das prioridades – a vinculação atrela os gastos de hoje às prioridades do passado, em prejuízo das necessidades que se apresentarem em cada época. Nesse sentido, a vinculação é a própria negação da capacidade dos representantes eleitos pela sociedade de definir quais as prioridades para cada ano. Sob a ótica das funções clássicas do orçamento limita fortemente a função alocativa;

Automatismo do gasto – uma vez estabelecida a vinculação, os setores beneficiados procuram, e muitas vezes conseguem, mantê-la ao longo dos anos, e os gastos são realizados mesmo quando já não se encontram alinhados com as prioridades e estratégias do governo; e

Baixa elasticidade da despesa vinculada – os normativos que instituem a vinculação de receitas muitas vezes impõem a realização de novas despesas de difícil compressão, de forma que, quando há frustração da receita vinculada, as despesas correspondentes nem sempre são reduzidas, mas honradas com recursos de outras fontes. Trata-se, portanto, de mecanismo que funciona sempre em sentido único, contribuindo para a ampliação do gasto não discricionário do governo.²⁹

A inversão de prioridades, de acordo com o supramencionado, ocorre quando o órgão utiliza os recursos provenientes da vinculação em despesas de menor importância, fazendo com que, posteriormente, o Tesouro alocue mais recursos para tal órgão, fundo ou entidade detentora dos recursos da vinculação. Veja que o ente poderia dar prioridade aos gastos de maior relevância, mas deixa de cumprir os objetivos reais da instituição em razão da vinculação e da certeza de que, em caso de falta, o Tesouro deverá arcar com as demais obrigações.

No engessamento de prioridades, são vistas as consequências temporais da vinculação, levando em consideração que esta submete os gastos às prioridades do passado. Ademais, o engessamento limita a função alocativa do orçamento público de gerir os recursos, pois deixa de investir em pontos que necessitam da atenção estatal, enquanto existem recursos sobrando em outras finalidades, acarretando ainda em prejuízos no planejamento estatal.

Com relação ao automatismo dos gastos, este incide quando o legislador se depara com a situação de ser aprovado projeto de lei no qual é concedido ao setor determinada porcentagem da arrecadação de alguma receita específica. Ocorre que, com o passar do tempo, apesar de não existir mais a necessidade de transferência desses recursos, o ente continua a se beneficiar, pois os dispositivos normativos continuam a ter vigência.

Na sequência, a baixa elasticidade da despesa vinculada consiste nos meios normativos que instituem, no ato de vinculação das receitas, certas obrigações de

²⁹ *Ibidem*, p. 187.

difícil compreensão, e a consequência da imposição dessas despesas é que, em muitas das vezes, o total arrecadado pelo ente não é suficiente para arcar com os gastos estipulados em lei, fazendo com que a Administração aloque recursos de outras fontes para arcar com essas obrigações.

Ademais, Albuquerque, Medeiros e Feijó também apresentam exemplos de outros meios de vinculação, sendo eles os recursos de convênios, contrato de empréstimos e financiamentos, usualmente com finalidades específicas³⁰.

5. A CONSTITUCIONALIDADE DA (DES)VINCULAÇÃO

Muitos autores discutem acerca da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional que altera o art. 76 do ADCT, em razão do “desvio de finalidade” da arrecadação de receitas. Contudo, objetiva-se neste capítulo demonstrar que, ao contrário do que é pregado, as inconstitucionalidades que devem ser analisadas são aquelas que preveem a vinculação de arrecadação.

Numa visão menos otimista em relação à desvinculação de receitas, tem-se o pensamento de Scaff, que alerta para a inconstitucionalidade das Emendas Constitucionais que objetivam a desvinculação de recursos, no artigo “Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU) quanto às contribuições sociais sob a ótica dos direitos prestacionais fundamentais”:

O procedimento adotado através destas Emendas Constitucionais acarretou a utilização de verbas vinculadas (afetadas) a uma destinação para outros fins que não aqueles constitucionalmente previstos, e que,

in casu, afetaram vastamente a concretização dos direitos humanos (ou, como deseja parte da doutrina, dos direitos fundamentais sociais) por falta de recursos para sua implementação, destinados a outras finalidades.

[...]

O fato de terem sido estas alterações decorrentes de uma série de Emendas Constitucionais não permite que se argumente o fato de que se trata de uma norma constitucional de idêntica hierarquia, pois o Supremo Tribunal Federal em outra oportunidade já decidiu que Emendas Constitucionais podem ser inconstitucionais, caso violem cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CF),

[...]

Desta forma, o fato de serem emendas constitucionais não afasta a inconstitucionalidade flagrante decorrente da agressão aos direitos fundamentais de segunda geração (direitos fundamentais sociais) fruto do afastamento de

³⁰ ALBUQUERQUE; MEDEIROS; FEIJÓ, *Gestão de finanças públicas*, p. 189.

recursos fiscais constitucionalmente destinados à educação, saúde e seguridade social, conforme acima evidenciado.³¹

Considerando o posicionamento de Scaff, o desvio de finalidade daqueles recursos originalmente estabelecidos afeta largamente a concretização dos Direitos Humanos, pois a destinação da porcentagem de determinado recurso pode deixar determinada área prejudicada. Em tempo, o alegado não deixa de ser verdade, contudo, é necessário ter em mente que, na maioria das vezes, os órgãos, fundos ou entidades que têm parte de sua receita comprometida contam com superávits orçamentários, e nos casos em que ocorre a falta de recursos para o cumprimento de determinadas obrigações, estes terão assistência financeira por parte do Tesouro. Assim, não há que se falar na não concretização de direitos sociais, fundamentais e humanos.

O fato de a Emenda Constitucional ser passível de controle de Constitucionalidade não coloca em risco sua validade, tendo em vista que ao contrário do que o autor prega, não é um dispositivo que viola as cláusulas pétreas elencadas no art. 60, § 4º da CF. Também não há que se falar em retrocesso, pois a porcentagem de destinação de recursos necessárias para atender cada critério difere com o tempo. Nesse sentido, é importante frisar que o núcleo da norma não será alterado ou corrompido, o remanejamento de uma pequena porcentagem dos recursos não libera o Estado a deixar de investir em determinada área, ou seja, em momento algum a desvinculação de receitas agride o ordenamento pátrio, conforme dispõe o autor.

Com relação à possível violação do art. 60, § 4º, da Constituição Federal, faz-se necessário entender o dispositivo:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – A forma federativa de Estado;

II – O voto direto, secreto, universal e periódico;

III – A separação dos Poderes;

IV – Os direitos e garantias individuais.³²

De acordo com a expertise do art. 60, § 4º, entende-se que as emendas tendentes a desvincular a destinação de verbas públicas não violam o dispositivo em tela, tendo assim validade hierárquica diante de todo o ordenamento jurídico.

³¹ SCAFF, **Orçamento republicano e liberdade igual**: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais, p. 112.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, data da publicação: 5 out. 1988, página 1, art. 60. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

Numa visão ainda negacionista com relação à desvinculação, Harada expõe que o ato de desvincular atenta contra o princípio da universalização, acarretando na dificuldade de controle e fiscalização de parte das despesas e receitas previstas no Orçamento Anual³³. Apesar de pontuar negativamente à desvinculação, o professor entende que essa prática ocorre por conta das dificuldades enfrentadas pelo gestor público em relação ao engessamento de recursos, conforme:

Prorrogar sistematicamente o FSE, instituído em 1994 tendo em vista uma conjuntura político-institucional peculiar, por meio de diferentes denominações, hoje, conhecida simplesmente como DRU que desvincula do orçamento 30% do produto de arrecadação de tributos federais, atenta contra o princípio da universalização promovendo uma verdadeira desorçamentação, dificultando o efetivo controle e fiscalização da parcela ponderável das despesas e das receitas previstas no orçamento anual. Essa praxe legislativa resulta, certamente, da dificuldade operacional que provoca o engessamento de verbas a reclamar adoção de meios modernos tendentes a flexibilizar e conferir autonomia ao gestor público. Não é necessariamente um mal, desde que o gestor público não perca de vista que o emprego de dinheiro público está atrelado à consecução de objetivos públicos. A satisfação do interesse público é elemento essencial da despesa pública.³⁴

Tendo em vista a irregularidade pregada por esses autores e de boa parte da literatura de finanças públicas, cabe salientar que a vinculação não é a resposta para a diminuição da corrupção no Brasil; pelo contrário, acaba sendo um mecanismo que dificulta a alocação dos recursos em demandas que requerem maior atenção do Estado em determinado momento social. Nesse sentido:

Ao vincular recursos há uma melhoria no controle do gasto público? Os recursos são menos suscetíveis à corrupção? Os diversos casos de corrupção e o elevado nível de vinculação de receitas no Brasil demonstram que não. O gestor público deve zelar pela boa aplicação dos recursos públicos seja a ação governamental financiada com recurso vinculado ou com recurso de livre alocação (ordinário). Muitas vezes parte da sociedade acredita que quando se fala em recursos “livres”, estes sejam recursos que estarão isentos de auditoria ou das regras de controle, quando a palavra “livre” relaciona-se apenas a liberdade para alocar recursos na área que mais necessita naquele momento histórico.³⁵

Diante das críticas apontadas, é possível visualizar que a desvinculação de receitas públicas não vai ao sentido de contrariar o ordenamento jurídico,

³³ HARADA, *Direito financeiro e tributário*, 2021.

³⁴ *Ibidem*, p. 143.

³⁵ ALBUQUERQUE; MEDEIROS; FEIJÓ, *Gestão de finanças públicas*, p. 187.

pelo contrário, é por meio da desvinculação que os recursos acabam tendo destinação mais efetiva e, por isso, é incabível atrelar o ato formal desvinculante à medida ilegal.

Apesar do receio generalizado de corrupção que assola o governo, é necessário abrir os olhos para questões que possam mudar a trajetória de determinadas políticas, afinal, de pouco adianta a Administração ter que parar com a prestação de serviços essenciais à sociedade enquanto mantém fundos milionários, cuja destinação é voltada para caprichos funcionais, como ocorre com os fundos dos Tribunais de Justiça.

Ressalta-se ainda a funcionalidade dos mecanismos de transparência, que são fundamentais para apontar práticas desvirtuantes para os casos em que a desvinculação fuja do seu propósito. Portanto, assemelhar a desvinculação de receitas às práticas de corrupção é infundado, visto que diante de inúmeras problemáticas de gestão, a desvinculação e a efetiva alocação de recursos têm sido a solução para o funcionamento efetivo do Estado.

6. CONCLUSÃO

As receitas vinculadas são as aquelas que possuem a destinação de seus recursos já comprometida a determinadas despesas. Num primeiro momento, têm-se a ilusão do ato de vincular como algo positivo para a Administração Pública, conforme é demonstrado por uma maioria da literatura. Contudo, cabe esclarecer que, para fins práticos de gestão, as vinculações apresentam inúmeras dificuldades para o gestor de finanças públicas, pois limitam a função alocativa do orçamento público.

As limitações impostas pelas vinculações podem gerar consequências irreversíveis para a administração, tendo em vista que na maioria das vezes acarretam déficits recursais nas áreas que mais necessitam de assistência estatal.

Apesar das inúmeras complicações geradas pelas vinculações, parte da literatura de finanças contribui com estudos no sentido de que vincular receitas é positivo. No entanto, devido à intensidade de vinculações legislativas, a Administração Pública teve que recorrer a mecanismos desvinculantes.

Na intenção de liberar parte dos recursos vinculados para melhor alocação, o constituinte aprovou a Emenda Constitucional que dispõe sobre as DRUs, dando origem posteriormente à desvinculação das receitas dos estados, Distrito Federal e municípios.

Muitos estudiosos de finanças públicas tratam a respectiva emenda como inconstitucional, por conta das desvinculações se tratarem de atos atentatórios ao ordenamento jurídico.

Em atenção a essas críticas, nesta pesquisa é demonstrado como a aplicação de medidas desvinculantes não corrompe a ordem constitucional, sendo apresentado que, para as atividades práticas de finanças públicas, as desvinculações trariam maior efetividade na gestão dos gastos públicos.

Diante todo o exposto, conclui-se que a pesquisa conseguiu atingir os desafios propostos inicialmente, demonstrando que a desvinculação das receitas seria a melhor saída para uma boa gestão dos recursos públicos, tendo em vista que a liberdade da gestão desses recursos pode suprir demandas que necessitam de maior atenção estatal, garantindo o melhor desempenho das atividades públicas, visando à promoção dos direitos fundamentais e sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530990596/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/18/1:37\[%206%C2%BA%2C%20an\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530990596/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/18/1:37[%206%C2%BA%2C%20an]). Acesso em: 20 jun. 2022.

ALBUQUERQUE, Claudio; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. **Gestão de finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal**. 3. ed. Brasília, DF: Gestão Pública, 2013.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 18 mar. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. **Orçamento público**. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2021a. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/orcamento#:~:text=O%20or%C3%A7amento%20p%C3%BAblico%20C3%A9%20o,ser%20realizado%20com%20tais%20recursos>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Princípio da não afetação de receitas**. Brasília, DF: Senado Federal, 2021b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/principio-da-nao-afetacao-de-receitas#:~:text=Princ%C3%ADpio%20or%C3%A7ament%C3%A1rio%20cl%C3%A1ssico%2C%20tamb%C3%A9m%20conhecido,vincula%C3%A7%C3%A3o%20em%20termos%20de%20destina%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Tesouro Nacional. **Manual de contabilidade aplicada ao setor público**. 8. ed. Brasília, DF: Tesouro Nacional, 2021c. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:31484. Acesso em: 20 out. 2022.

BREYNER, Frederico Menezes. Inconstitucionalidade da Desvinculação das Receitas da União (DRU) quanto às contribuições sociais sob a ótica dos direitos prestacionais fundamentais. **Revista do Caap**, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 203-222, 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/caap/article/view/47257/38417>. Acesso em: 20 out. 2022.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 11^a ed. Salvador: Juspodvim, 2022

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 2019

PISCITELLI, Tathiane. **Direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual**: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais. São Paulo: Fórum, 2018.

A PALAVRA DA VÍTIMA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

The victim's word in cases of domestic and family violence against women

Alice Bianchini¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Decisões jurisprudenciais que destacam a necessidade de se valorar de forma diferenciada a palavra da mulher vítima violência doméstica e familiar; 2.1. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça; 2.1.1. Julgados sobre a tese; 2.1.2. Julgados de Tribunais de Justiça estaduais; 2.2. Direito Comparado; 2.3. Entendimento do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; 3. Posição da doutrina; 4. Circunstâncias que devem estar presentes para que a palavra da vítima possa conduzir a um decreto condenatório; 4.1. Ausência de incredibilidade subjetiva; 4.2. Verossimilitude; 4.3. Persistência na incriminação; 5. Características especiais da violência de gênero que necessitam ser conhecidas e contextualizadas para se fazer a ponderação do valor da palavra da vítima; 5.1. Relação de afeto entre agressor e vítima; 5.2. Ciclo da violência; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

O entendimento dos tribunais brasileiros e da doutrina acerca do valor da palavra da vítima nos casos de violência doméstica e familiar serão apresentados juntamente com as características particulares nesse tipo de violência, que impedem ou dificultam que a mulher em situação de violência consiga romper com este ciclo.

Palavras-chave: Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Lei Maria da Penha. Violência de Gênero. Palavra da Vítima. Prova. Processo Penal. Medidas Protetivas de Urgência.

ABSTRACT

We will show our understanding Brazilian courts and the doctrine of the value of victims' word in cases of domestic and family violence, along with the particular characteristics of this type of violence which prevent or hinder women in situations of violence from being able to break with the cycle of violence.

Keywords: Domestic and Family Violence against Women. Maria da Penha Law. Gender-based Violence. Victim's Word. Proof. Criminal Proceedings. Emergency Protective Measures.

1. INTRODUÇÃO

Quando se trata de crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, em razão das características peculiares que cercam a ocorrência do fato, também se

¹ Doutora em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Conselheira Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por São Paulo. Vice-Presidente da Comissão Nacional da Mulher Advogada (CNMA). Vice-Presidente da Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas (ABMCJ). Autora de, dentre outras obras, BIANCHINI, Alice; BAZZO; Mariana Seifert; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. Coordenadora do Curso de Especialização Direito das Mulheres.

deve dar uma conotação diferenciada à forma como é valorada a palavra da vítima. Nesse sentido tem sido o entendimento majoritário da doutrina e dos tribunais.

Neste artigo serão trazidos esses entendimentos, a fim de reforçar a compreensão de que a palavra da vítima precisa ser analisada de forma diferenciada, já que são exatamente as características particulares desses crimes que causam uma especial dificuldade não só em termos de produção de provas, como também no sentido de obstaculizar a que a vítima consiga fazer cessar a violência.

2. DECISÕES JURISPRUDENCIAIS QUE DESTACAM A NECESSIDADE DE SE VALORAR DE FORMA DIFERENCIADA A PALAVRA DA MULHER VÍTIMA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

2.1. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Na edição n. 41 especial sobre a Lei Maria da Penha do “*Jurisprudência em Tese*”², elaborado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), foram elencadas diversas decisões de forma organizada e que geraram 17 teses. Uma delas trata da palavra da vítima, que se encontra transcrita adiante, juntamente com a indicação das decisões em que se baseou³:

TESE 13: Nos crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar o recebimento da denúncia ou a condenação, pois normalmente são cometidos sem testemunhas.⁴

² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Violência doméstica e familiar contra mulher. **Jurisprudência em Tese**, Brasília, DF, n. 41, 16 set. 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2041%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf. Acesso em: 20 out. 2022. p. 3

³ Consulta realizada em junho de 2016.

⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, op. cit., p. 5. Precedentes: HC 318976/RS, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (desembargador convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 06 ago. 2015, DJE 18 ago. 2015. RHC 051145/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 11 nov. 2014, DJE 01 dez. 2014; AgRg no AREsp 423707/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 07 out. 2014, DJE 21 out. 2014; HC 263690/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 17 out. 2013, DJE 24 out. 2013; AgRg no AREsp 213796/DF, Rel. Ministro Campos Marques (desembargador convocado do TJ/PR), Quinta Turma, julgado em 19 fev. 2013, DJE 22 fev. 2013; HC 151204/RJ, Rel. Ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, julgado em 23 out. 2012, DJE 26 out. 2012; HC 179364/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 07/08/2012, DJE 16 ago. 2012. Decisões monocráticas sobre a tese: AREsp 547181/DF, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 25 mai. 2015, Publicado em 03 jun. 2015; AREsp 574212/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25 nov. 2014, publicado em 28 nov. 2014; AREsp 329687/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta turma, Julgado em 05 jun. 2013, Publicado em 12 jun. 2013.

2.1.1. Julgados sobre a tese

Algumas ementas sobre o tema, todas retiradas de julgados do STJ:

CRIME DE AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ESPECIAL RELEVÂNCIA À PALAVRA DA VÍTIMA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. [...] 3. *A palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar a condenação pelo crime de ameaça, mormente porque se trata de violência doméstica ou familiar.* [...] (grifo nosso).⁵

RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. *Em se tratando de casos de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas.* [...] 3. *Estando em conflito, de um lado, a preservação da integridade física da vítima e, de outro, a liberdade irrestrita do suposto ofensor, atende aos mandamentos da proporcionalidade e razoabilidade a decisão que restringe moderadamente o direito de ir e vir do último* (grifo nosso).⁶

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PALAVRA DA VÍTIMA. ASSUNÇÃO DE ESPECIAL IMPORTÂNCIA. [...] 1. O recurso encontra-se fundamentado na negativa de vigência aos artigos 41 e 395, inciso III, do CPP, sob o argumento da falta de justa causa para a ação penal que investiga o crime de ameaça ocorrido no âmbito familiar, tendo em vista que a simples palavra da vítima, sem os demais meios probatórios, não configura indício suficiente de autoria e materialidade a autorizar o recebimento da ação penal. 2. *No que tange aos crimes de violência doméstica e familiar, entende esta Corte que a palavra da vítima assume especial importância, pois normalmente são cometidos sem testemunhas* (grifo nosso).⁷

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 423707/RJ**. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. VIA INADEQUADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. CRIME DE AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ESPECIAL RELEVÂNCIA À PALAVRA DA VÍTIMA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO[...]. Relator: Min. Nefi Cordeiro, Brasília, DF, data do julgamento: 07 out. 2014, data de publicação no DJe: 21 out. 2014.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 34035/AL**. RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES [...]. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Brasília, DF, data do julgamento: 05 nov. 2013, data de publicação no DJe: 25 NOV. 2013.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 213796/DF**. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA

2.1.2. Julgados de Tribunais de Justiça estaduais

Vários julgados de tribunais de justiça também são no sentido de que a palavra da vítima deve ter uma valoração diferenciada. Confira-se⁸:

Em crimes que envolvem violência doméstica, a palavra da vítima merece especial valor, sobretudo quando em sintonia com as provas produzidas. TJDF, Acórdão 900407. No mesmo sentido são as seguintes decisões do TJDF: Acórdão 900830, Unânime, Rel. Souza e Avila, 2ª Turma Criminal, j. em 15/10/2015; Acórdão 899048, Unânime, Rel. Cesar Laboissiere Loyola, 2ª Turma Criminal, j. em 08/10/2015; Acórdão 896485, Unânime, Relator: Esdras Neves, 1ª Turma Criminal, j. em 24/09/2015; Acórdão 877453, Unânime, Relator: SILVA LEMOS, 1ª Turma Criminal, j. em 12/06/2015. Acórdão n. 918750, 20140110021780APR, Relator: Silvânio Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal, j. em 04/02/2016, Publicado no DJE: 15/02/2016. Pág.: 197; Acórdão n. 912096, 20130210048999APR, Relator: Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, j. em 10/12/2015, Publicado no DJE: 18/12/2015. Pág.: 105; Acórdão n. 908335, 20140610007924 APR, Relator: Jesuino Rissato, 3ª Turma Criminal, j. em 26/11/2015, Publicado no DJE: 01/12/2015.

A decisão está baseada na palavra da vítima, que possui especial relevo e credibilidade nos delitos de violência doméstica, que são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas. TJDF – PET: 20150020205129, Rel. Esdras Neves, j. em 24/09/2015, 1ª Turma Criminal, Publicado no DJE: 01/10/2015.

DOMÉSTICA E FAMILIAR. PALAVRA DA VÍTIMA. ASSUNÇÃO DE ESPECIAL IMPORTÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE, IN CASU. PRECEDENTES DO STJ. INCLUIÇÃO DO ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO [...]. Rel. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJPR), Brasília DF, data do julgamento: 19 fev. 2013, data de publicação no *Dje*: 22 fev. 2013.

⁸ No mesmo sentido: TJSC, AC 2009.024627-0, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 13 out. 2009; TJSC, ACrim 2013.029436-0, Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 20 ago. 2013; TJMG, APR 10073120027658001/MG, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Relator: Sálvio Chaves, j. em 09 out. 2014; TJMG, HC 10000130835242000/MG, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Rel. Júlio César Lorens, j. em 03 dez. 2013; TJMS, Processo 0061291-71.2012.8.12.0001; TJRS, Apelação Criminal 70052745643, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Julio Cesar Finger, j. em 10 abr. 2013; TJRS, AC 70052937026, Segunda Câmara Criminal, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, j. em 17/09/2015; TJRS, Rel. Catarina Rita Krieger Martins, j. em 01 mar. 2012, Terceira Câmara Criminal; TJRS, Apelação Crime 70043429604, Primeira Câmara Criminal, Rel. Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 19 out. 2011; TJRS, Apelação Crime 70042446518, Quarta Câmara Criminal, Rel. Gaspar Marques Batista, j. em 29 jun. 2011. TJPI, ACR 201100010060882 PI, Rel. Des. Joaquim Dias de Santana Filho, j. em 10 abr. 2012, 2ª. Câmara Especializada Criminal. TJPR, 8259970, Rel. Campos Marques, j. em 08 mar. 2012, 1ª Câmara Criminal; TJRJ, APL 00270792920128190001/RJ, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, j. em 10 dez. 2015.

– Inviável a tese de absolvição por insuficiência de provas quando as declarações da ofendida são coerentes, ratificadas em Juízo sob o crivo do contraditório, e corroboradas por outras provas acostadas aos autos. O crime de ameaça é formal, qual seja, a consumação independe do resultado naturalístico – a intimidação da ofendida [...]. **É cediço que a palavra da vítima, no tocante aos crimes que envolvem relações domésticas, reveste-se de especial credibilidade, pois são cometidos na maioria das vezes sem a presença de testemunhas oculares.** TJDE, Acórdão 915110, 20140410058204APR, Rel. Humberto Adjuto Ulhôa, 3ª Turma Criminal, j. em 21/01/2016.

NOS CRIMES OCORRIDOS NO ÂMBITO FAMILIAR, A PALAVRA DA VÍTIMA TEM MAIOR RELEVÂNCIA, UMA VEZ QUE, TAL DELITO TENDE A OCORRER SEM TESTEMUNHAS. [...] o acervo probatório se mostrou suficiente em demonstrar que a conduta do apelante foi tida como típica, em especial a palavra da vítima, que, em crimes decorridos no âmbito familiar, ganha certo relevo probatório, uma vez que, tais delitos não são praticados na presença de terceiros, configurando como um meio probante mais concreto à elucidação dos fatos, ainda mais quando se apresenta com precisão de detalhes, como no presente caso, sendo impossível, portanto, a absolvição pretendida pela defesa. TJPA, APL 201430196960, Data de publicação: 14/11/2014 (grifo nosso).⁹

2.2. Direito Comparado

Uma importante decisão do Tribunal Superior de Justiça da Argentina merece menção e destaque:

*En los procedimientos judiciales vinculados con la problemática de la violencia doméstica, la prueba de los hechos denunciados por la víctima no es una tarea simple y ello es así porque se trata de hechos que normalmente transcurren en la intimidad o en circunstancias en las que sólo se encuentran presentes la víctima y el agresor. Por tal motivo, en estos supuestos, los testimonios de las personas directamente involucradas en el conflicto revisten fundamental entidad para analizar y confrontar las diversas hipótesis en cuanto a las circunstancias en las que presumiblemente habrían tenido lugar los hechos que son denunciados.*¹⁰

⁹ Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/crimes-e-procedimentos/relevancia-da-palavra-da-vitima>. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CABA. **Violencia de género y doméstica: amenazas: amplitud y estándares probatorios: prueba directa e indirecta. presunciones: valor del testimonio de la víctima (“Taranco”).** Buenos Aires: Tribunal Superior de Justicia CABA, 22 abr. 2014. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/38901-violencia-genero-y-domestica-amenazas-amplitud-y-estandares-probatorios-prueba-directa>. Acesso em: 20 out. 2022.

Também a doutrina e a jurisprudência portuguesas têm se orientado no sentido de, nos crimes de violência doméstica, “conferir especial valor ao depoimento da mulher, dadas as circunstâncias em que normalmente são perpetrados, ou seja, no recesso do lar, onde normalmente não há a presença de testemunhas”¹¹.

2.3. Entendimento do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

O Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Fonavid) congrega magistrados de todos os estados brasileiros e do Distrito Federal envolvidos com a temática de violência doméstica e familiar, e tem como objetivo propiciar a discussão permanente das questões relacionadas à aplicabilidade da Lei n. 11.340/2006, compartilhar experiências e uniformizar procedimentos pertinentes à temática, além de proporcionar a compreensão, com profundidade, dos aspectos jurídicos da legislação e dos contornos que envolvem outras disciplinas relacionadas, sob a perspectiva da efetividade jurídica e aperfeiçoamento dos magistrados e equipes multidisciplinares¹². No ano de 2017, o Fonavid elaborou o seguinte enunciado:

ENUNCIADO 45 – as medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006 podem ser deferidas de forma autônoma, apenas com base na palavra da vítima, quando ausentes outros elementos probantes nos autos (Aprovado no IX FONAVID-RN).¹³

3. POSIÇÃO DA DOUTRINA

Na doutrina, a corrente predominante, é no sentido de que a palavra da vítima, desde que acompanhada de outras provas, mesmo que circunstanciais, pode ensejar um decreto condenatório. Confirmam-se algumas lições.

a) Adalberto José Aranha: “a situação psicológica da vítima no processo é bem paradoxal: de um lado, está capacitada mais do que qualquer outra de reproduzir a verdade, e, do outro, a sua vontade não pode ser considerada como isenta de fatores emocionais. Em primeiro lugar, por ter

¹¹ TÁVORA, Mariana Fernandes. O sistema português. In: ÁVILA, Thiago André Pierobom de (coord.). **Modelos europeus de enfrentamento à violência doméstica: experiências e representações sociais**. Brasília, DF: ESMPU, p. 135-202, 2014, p. 158.

¹² Disponível em: <https://www.amb.com.br/a-amb/>. Acesso em: 20 out. 2022.

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados**. FONAVID – Fórum Nacional de Juízas e Juizes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/violencia-contra-a-mulher/forum-nacional-de-juizes-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-fonavid/enunciados/>. Acesso em: 18 out. 2023.

suportado a ação [...] estaria a tal ponto desperta que possibilitaria uma reprodução fiel do ocorrido, inclusive minúcias e detalhes. Contudo, sua vontade fatalmente estaria atingida, possuída de indignação ou dor, a ponto de ser impossível uma total isenção. Não se pode encontrar uma vítima despida totalmente de sentimentos, com tal frieza emocional que seja possível falar-se em imparcialidade. Além do mais, não podemos esquecer que não são raros os casos de pseudovítimas, criadas por uma imaginação traumatizada”¹⁴.

b) Eugênio Pacelli: “semelhante conclusão assume relevância ainda maior no que se refere aos chamados crimes contra a dignidade sexual, quando a palavra da vítima é sempre de capital importância, para fins de condenação”¹⁵.

c) Guilherme de Souza Nucci: “sustentamos que a palavra isolada da vítima, sem testemunha a confirmá-la, pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução”¹⁶.

d) Jorge Henrique Schaefer Martins: “a vítima, por ter sido atingida pelo fato, portanto dele participado de alguma forma, pode esclarecer pontos relevantes, advindo dos seus informes, mormente nos crimes sexuais – praticados, via de regra, a descoberto de testemunhas –, os dados que permitem o julgamento”¹⁷.

e) Luís Fernando de Moraes Manzano: “nos crimes contra o patrimônio e contra a liberdade sexual, que são normalmente cometidos longe de olhares auspiciosos de testemunhas oculares, segundo a jurisprudência a palavra da vítima merece especial credibilidade. Isso não significa que a sentença condenatória possa se alicerçar somente na palavra dela”¹⁸.

f) Renato Brasileiro de Lima: “em virtude do sistema da livre persuasão racional do juiz, tem-se que o valor probatório das declarações do ofendido é relativo. Logicamente, nos crimes cometidos às ocultas, a palavra da vítima ganha um pouco mais de importância, mas daí não se pode concluir que seu valor seria absoluto”¹⁹.

¹⁴ ARANHA, Adalberto José de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141.

¹⁵ OLIVEIRA Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 425.

¹⁶ NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 457.

¹⁷ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal**. Curitiba: Juruá, 1996, p. 117.

¹⁸ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo. Atlas, 2012, p. 398.

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 667.

g) Rosane M. Reis Lavigne e Cecilia Perlingeiro: “é notório que a violência dessa natureza ocorre, em grande parte, sem testemunhas presenciais. Ao dar ensejo ao pedido de medidas protetivas, a palavra da vítima, com suas marcas visíveis e invisíveis relata, via de regra, anamnese até então oculta, na qual finca raiz a violência geradora do pedido de amparo e tutela. Deve sua palavra ser valorada. Depreciar seu depoimento implica abandonar a vítima à *própria sorte e contribui para a falta de efetividade dos mecanismos conquistados*”²⁰.

h) Chimelly Louise de Resenes Marcon: “a violência contra as mulheres apresenta como uma de suas notas distintivas o local de sua prática, sendo mais frequentemente perpetrada longe dos olhares de terceiros, como as de ordem sexual e doméstica. Desta feita, desafia a lógica emprestar os mesmos critérios de valoração da prova aplicados à criminalidade convencional, que enfatiza testemunhos e coleta de vestígios visíveis, aos delitos perpetrados em razão do Gênero. Condicionar um juízo condenatório à obtenção de tais evidências, não só contraria os *standards* do SIPDH, como pavimenta o caminho da impunidade”²¹.

Com uma visão bem diversa do tema e fazendo referência específica à Lei Maria da Penha, convém trazer o pensamento de Roberto Flávio Cavalcanti²², que entende que “em caso de dúvida, a decisão seja dada em prol do acusado (princípio do *in dubio pro reo*)”. Confira-se a lição trazida pelo autor:

É praticamente um dogma do direito processual penal moderno e democrático, regido pelo sistema acusatório, que cabe à acusação todo ônus de provar a culpa ou dolo do acusado, como decorrência do artigo 5º, inciso LVII da Constituição, pois “*se ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”, é de rigor que, em caso de dúvida, a decisão seja dada em prol do acusado (princípio do *in dubio pro reo*):

“*Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória.*” (LIMA, Renato Brasileiro de, *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 9) [...]

²⁰ LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecilia. Das medidas protetivas de urgência: artigos 18 a 21. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 304-314, 2011, p. 297.

²¹ MARCON, Chimelly Louise de Resenes. **Já que viver é ser e ser livre: a devida diligência como *standart* de proteção dos direitos humanos das mulheres a uma vida sem violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²² CAVALCANTI, Roberto Flávio. Princípio do *in dubio pro reo* e Lei Maria da Penha. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 20, n. 4372, 21 jun. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35078>. Acesso em: 20 out. 2022.

Ora, a Lei Maria da Penha é uma norma processual penal infraconstitucional, não sendo nenhuma exceção à regra no que toca à observância dos princípios constitucionais, devendo, do mesmo modo que outras normas da mesma estatura, respeitar a mesma sistemática acusatória delineada mais acima.

Todavia, vem se consolidando no seio do Superior Tribunal de Justiça entendimento subversivo, talvez na intenção de “dar satisfações” à sociedade para que se possa ver que o Judiciário vem cumprindo a contento com seu papel de política criminal, combatendo a violência doméstica e familiar contra a mulher condenando mais e mais “agressores”.

Parece que na contramão de um processo penal democrático, pelo menos nos crimes que envolvem a aplicação da Lei Maria da Penha em ambiente de clandestinidade, prevalece uma comodista visão de que o acusado deva ser condenado, mesmo em estado de dúvida, de sorte que o princípio do *in dubio pro reo* é substituído pelo princípio do *in dubio pro societate*.

É estarrecedor que o STJ venha dinamitando o princípio do *in dubio pro reo* em razão de uma política criminal vitimista, comodista e banal. *Ora, se a simples palavra da vítima é suficiente para sustentar uma condenação, na prática inverte-se o ônus da prova em desfavor da defesa, que deve se encarregar de provar sua inocência*, o que contradiz a garantia do artigo 5º, inciso LVII.

Assim, a Lei Maria Penha fez questão de afirmar com redundância os direitos fundamentais das mulheres, mas trouxe a reboque interpretações que “coisificam” o acusado; que o despersonalizam para simplesmente satisfazer a vontade da vítima em querer condená-lo, o que é absurdo, devendo agora o acusado ao mesmo tempo se defender e provar sua inocência. (grifo nosso).

A preocupação expressada anteriormente foi contemplada pela jurisprudência espanhola, tendo sido criados, exatamente para que se possa trazer mais segurança ao tema relativo ao valor da palavra da vítima, alguns critérios que auxiliam o julgador. É esse o assunto que será abordado no próximo item.

4. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DEVEM ESTAR PRESENTES PARA QUE A PALAVRA DA VÍTIMA POSSA CONDUZIR A UM DECRETO CONDENATÓRIO

A jurisprudência espanhola sedimentou entendimento de que, para que a declaração da vítima seja considerada prova suficiente, devem se fazer presentes as seguintes circunstâncias²³:

²³ ARCE FERNANDEZ, Ramón; FARIÑA, Francisca. Evaluación psicológica forense de la credibilidad y daño psíquico en casos de violencia de género mediante el sistema de evaluación global. In: FARIÑA, Francisca; ARCE FERNANDEZ, Ramón; BUELA-CASAL, Gualberto (ed.). **Violencia de género**: tratado psicológico y legal. Madrid: Biblioteca Nueva, p. 147-168, 2015, p. 149.

4.1. Ausência de incredibilidade subjetiva

Não pode existir um motivo de ressentimento, inimizade, vingança, ou desejo de obter vantagem processual em outro processo promovido contra o acusado (guarda de filho, pensão alimentícia etc.), ou outro fim espúrio que privasse o testemunho de aptidão para gerar este estado subjetivo de segurança em relação às informações trazidas. Trata-se de valorar o testemunho emitido em relação ao agressor. Este elemento, que é relativamente fácil de analisar nas causas em que agressor e vítima não se conhecem, se torna, no entanto, de muito difícil valoração no seio de relações pessoais violentas que podem contar com um embaralhamento psicológico da agredida, “que normalmente quer denunciar, porém também quer, paradoxalmente – iniciar uma convivência feliz com o agressor. É nestas situações de violência doméstica que se deve apelar para uma maior sensibilidade do juiz que permita valorar com acerto as confusas e, não raro, contraditórias declarações da vítima”²⁴.

Também é importante ressaltar que o fato de vítima e réu estarem envolvidos em outras disputas judiciais (separação judicial litigiosa, guarda de filhos, pensão alimentícia etc.) por si só não é suficiente para afastar a credibilidade subjetiva da vítima. Como bem destacam Ruby Sibony, María Ángeles Serrano Ochoa e Olga Reina,

*la existencia de situaciones anteriores que propicien malas relaciones entre dos personas no excluirá per se la posibilidad de actos de violencia de género, o dicho de otro modo, no significará que la afirmación de haber sido agredida tenga necesariamente que ser falsa*²⁵.

Outras vezes, a incredibilidade da vítima é gerada pelo fato de ela não desejar o resultado do processo, ou seja, a condenação do agressor.

Nestas situações, a vítima oculta parte dos acontecimentos, oferece versões acidentais para as lesões, diminui o valor real do dano provocado ou simplesmente não se apresenta no curso do processo penal ou busca fazer cessar o processo penal. Mais adiante, superadas as suas capacidades de adaptação ao clima violento, o medo ou o submetimento e após comprovar o escasso resultado de sua atitude de perdão, a vítima busca conseguir a ruptura urgente e, para isso, pode se valer da simulação como instrumento.²⁶

²⁴ SORIANO, Olga Fuentes. **El enjuiciamiento de la violencia de género**. Madrid: Iustel, 2009, p. 128.

²⁵ SIBONY, Ruby; SERRANO OCHOA, María Ángeles; REINA, Olga. La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género. **Noticias Jurídicas**, [s. l.], 1º abr. 2011. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4652-la-prueba-y-el-derecho-a-la-dispensa-del-deber-de-declarar-por-la-testigo-victima-en-los-procedimientos-de-violencia-de-genero/>. Acesso em: 20 out. 2022

²⁶ CARRILLO-ALBORDOZ, Eduardo Javier Osuna. Aspectos clínicos y médico-legales de la violencia de género. In: FARINA, Francisca; ARCE FERNANDEZ, Ramón; BUELA-CASAL, Gualberto (ed.). **Violencia de género: tratado psicológico y legal**. Madrid: Biblioteca Nueva, p. 169-190, 2015, p. 174. Tradução nossa.

4.2. Verossimilitude

O testemunho da vítima, pelo fato de que é obviamente parte da causa, há de estar rodeado de certas corroborações periféricas de caráter objetivo que o dote de aptidão probatória, como laudos médicos, testemunhas de referência (vizinhos, por exemplo) etc.

De acordo com Ruby Sibony, María Ángeles Serrano Ochoa e Olga Reina,

a) *La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.*

b) *La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso[...].*²⁷

4.3. Persistência na incriminação

A incriminação “há de se prolongada em um tempo plural, sem ambiguidades nem contradições”²⁸. Havendo modificações ou contradições, elas têm que ser mínimas e no sentido de não comprometer a linha acusatória²⁹.

Esse fator de ponderação

*Ausencia de modificaciones o contradicciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación valorable [...] Concreción en la declaración, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. [...] Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.*³⁰

Talvez esse critério seja o de mais difícil alcance. Quando a mulher revela a violência sofrida, frequentemente ela passa a vivenciar outras espécies de vitimização: a que ocorre quando há reprovação de sua iniciativa pelo agressor, pela sociedade, principalmente os membros da família, e, caso ela chegue ao sistema de justiça, pode vivenciar ainda a banalização da sua dor pelos representantes do Estado³¹. Ade-

²⁷ SIBONY, Ruby; SERRANO OCHOA, María Ángeles; REINA, Olga. **La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género**. Notícias Jurídicas, [s. l.], 1º abr. 2011. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4652-la-prueba-y-el-derecho-a-la-dispensa-del-deber-de-declarar-por-la-testigo-victima-en-los-procedimientos-de-violencia-de-genero/>

²⁸ ARCE FERNANDEZ, Ramón. FARIÑA, Francisca. Evaluación psicológica forense de la credibilidad y daño psíquico en casos de violencia de género mediante el sistema de evaluación global. In: FARIÑA, Francisca, ARCE Ramón, BUELA-CASAL Gualberto (eds.). *Violencia de género: tratado psicológico y legal*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2015, p. 149.

²⁹ SORIANO, Olga Fuentes. **El enjuiciamiento de la violencia de género**. Madrid: Iustel, 2009, p. 130.

³⁰ SIBONY, Ruby; SERRANO OCHOA, María Ángeles; REINA, Olga, Op. Cit.

³¹ Sobre o tema: FOLEY, Gláucia Falsarella, [2010] apud FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 125.

mais, a exposição da violência sofrida normalmente causa na vítima sentimentos pessoais contraditórios (deveria ou não ter denunciado?).

Ademais, todas essas emoções, pressões pessoais, familiares e sociais, bem como a forma como ela é tratada pelo sistema de justiça (que pode ter sido acolhedora ou não), dentre outras situações, podem ir se alterando no transcorrer do processo penal e, influenciando, portanto, no seu ânimo. Consequência direta: a depender de como ela se encontra no dia de prestar declaração, sua fala pode demonstrar titubeio, fugas, relativização dos fatos etc. São características frequentes na declaração da vítima, e que podem ser compreendidas pelo fato de ter padecido (ou até mesmo ainda padecer) diretamente das consequências da realização do delito.

Algumas características que comumente se fazem presentes na declaração da vítima:

Figura 1.

Ciclo da Declaração da Vítima

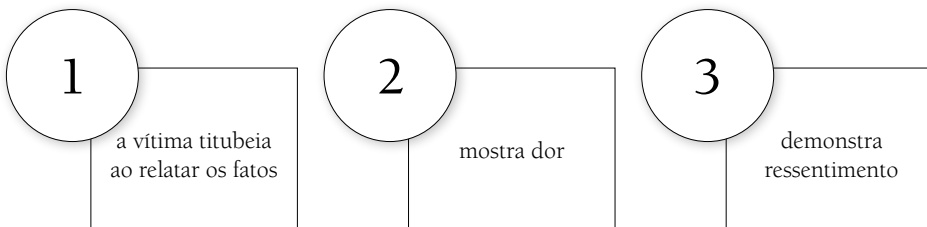


Imagem do Autor

Os três critérios criados pela jurisprudência espanhola (*ausência de incredulidade subjetiva, verossimilitude e persistência na incriminação*) são muito importantes para uma melhor condução do tema, mas, como adverte Olga Fuentes Soriano, trazendo o posicionamento do próprio Tribunal Supremo espanhol (TS), com esta jurisprudência não se pretende elevar os três requisitos

em categorias de exigências quase normativas, de necessária observância, de sorte que faltando alguma, o depoimento deve ser considerado inverídico; e pelo contrário, concorrendo todas elas se tem a segurança e garantia da sinceridade, com obrigação de ater-se a tal declaração, por estar adornado dos ditos condicionamentos.³²

Prossegue o TS afirmando que tal entendimento levaria a casos nos quais houve desavenças graves de caráter prévio entre ofensor e ofendida (como frequentemente

³² Tribunal Supremo espanhol de 5 de junho de 2001 apud SORIANO, Olga Fuentes. *El enjuiciamiento de la violencia de género*. Madrid: Iustel, 2009, p. 97.

ocorre nas separações judiciais litigiosas), impossibilidade de condenar o autor do delito somente com o testemunho da vítima, se ela tivesse a má sorte de que sua declaração não contasse ou contasse com poucas corroborações objetivas.

Na decisão transcrita adiante, da lavra do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), houve condenação do marido por lesão corporal contra sua esposa (Código Penal, art. 129, § 9º), apesar de a vítima ter alterado sua versão dos fatos em juízo (ou seja, sem preencher o requisito 3). A fundamentação para o decreto condenatório, entretanto, se baseou no conjunto probatório existente nos autos, que por sua vez permitia, na visão órgão julgador, se concluir pela materialidade e autoria. Confira-se:

Apelação. Lesão corporal de natureza leve (art. 129, § 9º, do C.P.)
Recurso defensivo. Absolvição pretendida. Insuficiência probatória.
Descabimento. Autoria e materialidade comprovadas. Exculpatórias contraditórias e isoladas por parte do recorrente e depoimentos coesos da vítima e de testemunha, aliados ao exame pericial. Atipicidade e insignificância da conduta. Improcedência. Laudo atesta a ocorrência de escoriação e esquimose. Lei Maria da Penha estabelece política criminal de tutela contra a violência doméstica não compatível com a alegação de mínima lesividade. Reconciliação e harmonia conjugal – Tal situação não se presta a afastar a incidência da norma penal cogente, tampouco a aplicação da pena. Condenação de rigor. Dosimetria. Penas bem dosadas – Sentença mantida. Recurso improvido”. [...]

A vítima [...] na delegacia, confirmou a violência praticada pelo réu, afirmando ter recebido chineladas e um soco. Asseverou ainda que já fora vítima de outras agressões anteriormente, mas que nunca tinham resultado ferimentos (fls. 09). *Já em juízo, afirmou que o soco foi apenas de raspão e que o recorrente jogou o chinelo nela. Por fim, alegou que não há mais brigas e que está em boa convivência com o marido (fls. 60/62).*

Cumprе ressaltar que, apesar de em juízo, após o restabelecimento da harmonia conjugal, a vítima tentar minimizar as declarações anteriormente prestadas na delegacia, ainda assim reconheceu a ocorrência de violência por parte do recorrente.

Por sua vez, a testemunha tal, em ambas as fases da persecução penal, negou ter presenciado os fatos, mas afirmou que encontrou a vítima com o olho roxo. Narrou ainda que Maria Aparecida confirmou que o marido a havia agredido (fls. 17 e 58/59).

Assim, a palavra da vítima, aliada ao depoimento da testemunha e os demais elementos probatórios amealhados, são suficientemente robustos, dando conta de que o acusado é mesmo o autor do delito em questão, restando amplamente comprovada a sua intenção dolosa em ofender a integridade física da vítima.

Destarte, não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas. (grifo nosso).³³

Os critérios trazidos pela jurisprudência espanhola são, portanto, pautas de valoração, criadas com o intuito de dar uma condução mais segura no momento de se sopesar as declarações da vítima.

5. CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO QUE NECESSITAM SER CONHECIDAS E CONTEXTUALIZADAS PARA SE FAZER A PONDERAÇÃO DO VALOR DA PALAVRA DA VÍTIMA

Como dito anteriormente, a violência doméstica e familiar contra a mulher possui características especiais que necessitam ser conhecidas e contextualizadas. De todas elas, as que mais interessam ao tema relativo à valoração da palavra da vítima são as seguintes:

5.1. Relação de afeto entre agressor e vítima

É muito comum que entre vítima e agressor exista uma relação de afetividade, sendo uma pessoa muito próxima do outro.

Um dos fatores mais importantes que faz como que a mulher não rompa com a situação de violência é a existência de vínculo afetivo com o agressor. É ele o homem por quem se enamorou e, frequentemente, o pai de seus filhos. Os sentimentos são complexos e ambivalentes, e que não existiriam ante um agressor desconhecido.³⁴

5.2. Ciclo da violência

Loren Walker, em 1979, identificou que existem três fases distintas localizadas em um ciclo de violência íntimo-afetiva: a construção da tensão, em conjunto com o aumento da percepção de perigo; o ápice de tensão, em que as agressões chegam ao incidente mais violento; e, por fim, a etapa do arrependimento³⁵.

Para complicar ainda mais a situação, nas poucas hipóteses em que os fatos foram praticados na frente de testemunhas, normalmente, elas são os familiares

³³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 11. Câmara de Direito Criminal. **Apelação 0004810-33.2012.8.26.0637**. Rel. Des. Salles Abreu.

³⁴ GUTIERREZ SAN MIGUEL, Begoña. ¿Tienen efecto las capanãs de prevención de la violencia de género? In: DEL POZO, Marta; GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena (coord.). **¿Podemos erradicar la violencia de género?** Análisis, debate y propuestas. Granada: Comares, p. 89-104, 2015, p. 89.

³⁵ WALKER, Loren. **The Battered Woman syndrome**. New York, NY: Spring Publishing Company LLC, 2009, p. 91.

(incluindo filhos), cujos depoimentos podem vir carregados de sentimentos (positivos ou negativos), podendo comprometer o conhecimento do ocorrido, ou de sua verdadeira dimensão.

Por conta de tudo isso, dois são os riscos igualmente possíveis: de um lado, o de se chegar a um resultado injusto para o processado e, de outro, o de não se diminuir os índices de impunidade, absolvendo quem era culpado e deixando a vítima em uma situação ainda mais vulnerável (inclusive pelo fato de que as medidas protetivas de urgência, caso existam, não poderão subsistir). Há também toda a estigmatização que se abaterá sobre a vítima, já que pesará sobre ela a suspeita (para alguns praticamente a certeza) de que tenha mentido ao incriminar o companheiro, dificultando ainda mais, assim, as possibilidades de que ela venha a romper com o ciclo de violência.

Exige-se do magistrado, portanto, neste momento, um exame bastante crítico que determine

La credibilidad, coherencia, verosimilitud, persistencia y falta de mendacidad de la incriminación en el testimonio de la víctima, o, en el supuesto que la hubiere, la resistencia a esa incriminación en el relato del presunto ofensor, de manera tal que se adviertan las razones por las cuales se ha privilegiado un testimonio por sobre el otro. Lo contrario importaría que una significativa cantidad de episodios de violencia que tienen lugar puertas adentro o en ámbitos de relativa invisibilidad, a pesar de que sea declamado un derecho de las mujeres a una vida libre de violencias, queden impunes por la modalidad unilateral y convenientemente escogida por su autor.³⁶

A legislação argentina, inclusive, possui disposição específica sobre a valoração da palavra da vítima. Consta nos arts. 16 e 31 da Lei n. 26.485, de março de 2009 – *Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*:

ARTICULO 16. – Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos.

Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: [...]

³⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CABA. **Violencia de género y doméstica**: amenazas: amplitud y estándares probatórios: prueba directa e indirecta. presunciones: valor del testimonio de la víctima (“Taranco”). Buenos Aires: Tribunal Superior de Justicia CABA, 22 abr. 2014. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/38901-violencia-genero-y-domestica-amenazas-amplitud-y-estandares-probatorios-prueba-directa>. Acesso em: 20 out. 2022.

i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos;

ARTICULO 31. — Resoluciones.

Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.³⁷

A Lei Maria da Pena, diferentemente da legislação argentina supracitada, não traz nenhuma diretiva sobre o assunto, mas pode-se, a partir dos princípios que ela estabelece, e de igual forma, assentando-se nos documentos internacionais de proteção da mulher, chegar à conclusão de que, se de um lado a palavra da vítima isoladamente não pode levar a um decreto condenatório, de outro, a situação específica de dificuldade de prova exige do julgador uma atenção redobrada a todos os elementos probatórios indiretos ou indiciários de caráter objetivo, corroborante ou periférico dos fatos denunciados. Todos os detalhes do fato devem ser minuciosamente analisados. O julgador precisa aproveitar ao máximo, por exemplo, o momento do interrogatório e da oitiva da vítima, a fim de que possam ser esclarecidas todas as circunstâncias do fato narrado na denúncia.

E não é só isso: nas circunstâncias em que as provas objetivas são muito frágeis, além do magistrado, todos os demais atores jurídicos (delegado, Defensoria Pública, Ministério Público e magistrado), assim como os não jurídicos (equipe multidisciplinar, peritos etc.) precisam estar conscientes da necessidade de se chegar aos mínimos detalhes (ex.: laudo de exame de corpo de delito bem detalhado), de buscar descortinar todos os indícios constantes do processo. Tudo, claro, realizado dentro dos rigores legais, sem extrapolar, de nenhuma forma, as funções que cada um dos atores desempenha no processo penal.

Em relação à equipe multidisciplinar, prevê o art. 30 da Lei Maria da Pena que juiz, Ministério Público e Defensoria podem solicitar e a equipe irá fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência.

Lei Maria da Pena

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de

³⁷ ARGENTINA. **Lei n. 26.485, de março de 2009.** Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.³⁸

Além disso, não se pode esquecer que de acordo com o art. 12, § 3º da Lei Maria da Penha “são admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde”³⁹.

Por tudo o que se disse antes, não restam dúvidas de que o tema “palavra da vítima” merece um cuidado muito especial por parte de todos os atores jurídicos, principalmente pelo fato de que, em sendo verdadeira a versão trazida pela mulher, não só ela, mas seus filhos e demais parentes (quando houver), bem como eventuais futuras outras vítimas estarão em perigo de sofrerem ataques por parte do agressor. Muito embora não se tenha registros de pesquisas sobre a veracidade da palavra da vítima no Brasil, convém trazer estudo realizado na Espanha pelo *Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ)⁴⁰, por meio do qual se conclui que somente 0,4% das denúncias por violência doméstica e familiar são falsas. De acordo com dados do Poder Judiciário espanhol, quatro de cada cinco mulheres assassinadas tinham denunciado previamente. Algumas informações sobre a citada pesquisa:

Ángeles Carmona, presidenta del Observatorio, asegura que estas cifras evidencian “la inconsistencia de la alegación de que las mujeres denuncian en falso”.

Las denuncias por malos tratos se han convertido en uno de los caballos de batalla de algunas asociaciones que afirman que las mujeres lo hacen solo para beneficiarse en los procesos judiciales. Según sus argumentos, la ley contra la violencia de género, aprobada por el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero en 2004, está pensada para incriminar a los hombres.

En una guía del CGPJ de 2013, el organismo precisaba que los agresores aludían a las denuncias falsas como una estrategia procesal con demasiada frecuencia. “Estas afirmaciones carecen del mínimo fundamento”, argumenta el Poder Judicial en el informe.

³⁸ Sancionada: Marzo 11 de 2009. Promulgada de Hecho: Abril 1 de 2009, art. 16; art. 30.

BRASIL. **Lei nº 11.340/2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, Seção 1, data da publicação 8/8/2006, Página 1, art. 30.

³⁹ Ibidem, art. 12, § 3º.

⁴⁰ GARCÍA, Jorge G. Solo el 0,4% de las denuncias por violencia machista son falsas. **El País**, Madrid, 17 Mar. 2016. Disponível em: https://politica.elpais.com/politica/2016/03/17/actualidad/1458206253_890573.html. Acesso em: 20 out. 2022.

De las 500 sentencias estudiadas por el Consejo entre 2012 y 2014, solo en dos de ellas se abrió un proceso de falso testimonio contra dos mujeres que dijeron que no habían sido maltratadas; aunque en uno de los casos los agentes habían presenciado las agresiones. “La mujer supuestamente mintió para proteger al agresor”, ha explicado Carmona, quien ha destacado que con estos datos se puede “desterrar el mito de las denuncias falsas”.

Varios expertos han pedido una reforma legal aplicar la libertad vigilada a los agresores desde el momento en que una mujer denuncia malos tratos. Es el momento de mayor riesgo debido a que es cuando pueden tomar las mayores represalias. La ley prevé que se pueda adoptar cuando hay una condena, pero no con anterioridad.

SENSIBILIZAR A LA SOCIEDAD

Tal y como expone el Observatorio, cuatro de cada cinco mujeres asesinadas por violencia machista no habían denunciado previamente. Según este organismo, estos datos evidencian la necesidad de “continuar sensibilizando a la sociedad de que se trata de un asunto público y no de algo meramente privado”.

[...]

SIN TESTIGOS

Los datos del informe revelan que la violencia machista se ejerce sin testigos, en un ambiente de intimidad. En el 76,6% de las sentencias estudiadas, nadie presenció los malos tratos. De esta forma, es muy complicado que nadie pueda interceder para evitar los asesinatos. “Se refuerza la tesis de que el autor de estos crímenes busca situaciones que excluyan la posibilidad de ayuda a la víctima por parte de terceras personas”, afirma el Poder Judicial.

El lugar habitual de los crímenes, tal y como expone el Observatorio, es el domicilio común tanto del maltratador como de la asesinada con un 55% de los casos. El Poder Judicial, que revela que solo el 15% de los crímenes se comete en un espacio público, argumenta que el patrón que siguen los asesinatos es el mismo que el evitar que haya testigos. Es decir, buscan lugares con mucho “aislamiento y en los que disminuyen las posibilidades de defensa por parte de la propia víctima.

Por fim, mas não com menos importância, podemos citar o Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre o tema. Conforme informações trazidas por Chimelly Louise de Resenes Marcon⁴¹,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos observou uma tendência de interpretação estereotipada das provas, que já são limitadas dada a falta de credibilidade conferida às vítimas pelos agentes responsáveis pela

⁴¹ MARCON, Chimelly Louise de Resenes. **Já que viver é ser e ser livre: a devida diligência como standard de proteção dos direitos humanos das mulheres a uma vida sem violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

investigação e a transferência de responsabilidade quanto sua a produção a elas, além da análise e valoração do conjunto probante carente de um olhar de Gênero, obstaculizando o acesso das mulheres à justiça.⁴²

6. CONCLUSÃO

A violência doméstica e familiar contra a mulher é marcada por uma série de especificidades, e é preciso conhecê-las profundamente antes de serem criadas normas de caráter preventivo, assistencial e repressivo com características próprias e abrangentes. Ademais, torna-se importante, para a alteração do quadro de violência, que os direitos das mulheres sejam garantidos, sendo que para tanto, instrumentos tendentes ao empoderamento das mulheres precisam ser efetivados. Tudo isso com vistas à construção de uma vida em comum sem violência, respeitosa e igualitária.

Atento ao manancial de situações que caracterizam a violência de gênero, o legislador criou um microssistema, representado pela Lei Maria da Penha.

Além disso, exatamente em face da existência de todas essas especificidades é que a violência doméstica e familiar contra a mulher baseada no gênero foi categorizada como uma violação aos direitos humanos.

As principais situações diferenciadas da violência doméstica e familiar contra a mulher, que agravam ainda mais sua vitimização, dificultam ou impedem o rompimento da violência e que devem ser levadas em consideração quando da valoração da palavra da vítima foram anteriormente apresentadas.

Em razão das inúmeras especificidades que giram em torno da violência doméstica e familiar contra a mulher baseada no gênero, se faz necessária uma contínua capacitação de todos aqueles que são chamados a atuar nas causas que envolvem tal demanda, a fim de que se possa de fato contribuir para neutralizar ou amenizar todos os obstáculos que são colocados (pelo sistema de justiça, pela sociedade, pelo autor da agressão e pela própria vítima) para a superação desse grave problema que afeta a todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARCE FERNANDEZ, Ramón; FARIÑA, Francisca. Evaluación psicológica forense de la credibilidad y daño psíquico en casos de violencia de género mediante el sistema de evaluación global. In: FARIÑA, Francisca; ARCE FERNANDEZ, Ramón; BUELA-CASAL, Gualberto (ed.). **Violencia de género**: tratado psicológico y legal. Madrid: Biblioteca Nueva, 2015. p. 147-168.

⁴² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica**. Washington, DC: CIDH, 2011, p. 72.

ARGENTINA. **Lei n. 26.485, de março de 2009.** Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

BIANCHINI, Alice; BAZZO; Mariana Seifert; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340/2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, Seção 1, data da publicação 8/8/2006, Página 1

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 213796/DF.** AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PALAVRA DA VÍTIMA. ASSUNÇÃO DE ESPECIAL IMPORTÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE, IN CASU. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO [...]. Rel. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJPR), Brasília DF, data do julgamento: 19 fev. 2013, data de publicação no *DJe*: 22 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 34035/AL.** RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES [...]. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Brasília, DF, data do julgamento: 05 nov. 2013, data de publicação no *DJe*: 25 NOV. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 423707/RJ.** PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. VIA INADEQUADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. CRIME DE AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ESPECIAL RELEVÂNCIA À PALAVRA DA VÍTIMA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO[...]. Relator: Min. Nefi Cordeiro, Brasília, DF, data do julgamento: 07 out. 2014, data de publicação no *DJe*: 21 out. 2014.

CARRILLO-ALBORDOZ, Eduardo Javier Osuna. Aspectos clínicos y médico-legales de la violencia de género. In: FARIÑA, Francisca; ARCE FERNANDEZ, Ramón; BUELA-CASAL, Gualberto (ed.). **Violencia de género:** tratado psicológico y legal. Madrid: Biblioteca Nueva, 2015. p. 169-190.

CAVALCANTI, Roberto Flávio. Princípio do *in dubio pro reo* e Lei Maria da Penha. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 20, n. 4372, 21 jun. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35078>. Acesso em: 20 out. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica**. Washington, DC: CIDH, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados**. FONAVID – Fórum Nacional de Juízas e Juizes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoefs/violencia-contra-a-mulher/forum-nacional-de-juizes-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-fonavid/enunciados/>

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCÍA, Jorge G. Solo el 0,4% de las denuncias por violencia machista son falsas. **El País**, Madrid, 17 Mar. 2016. Disponível em: https://politica.elpais.com/politica/2016/03/17/actualidad/1458206253_890573.html. Acesso em: 20 out. 2022.

GUTIERREZ SAN MIGUEL, Begoña. ¿Tienen efecto las capanãs de prevención de la violencia de género? *In*: DEL POZO, Marta; GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena (coord.). **¿Podemos erradicar la violencia de género?** Análisis, debate y propuestas. Granada: Comares, 2015. p. 89-104.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecilia. Das medidas protetivas de urgência: artigos 18 a 21. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 307-314.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARCON, Chimelly Louise de Resenes. **Já que viver é ser e ser livre**: a devida diligência como *standart* de proteção dos direitos humanos das mulheres a uma vida sem violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal**. Curitiba: Juruá, 1996.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. **Criminologia**. 3. ed. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 11. Câmara de Direito Criminal. **Apelação 0004810-33.2012.8.26.0637**. Rel. Des. Salles Abreu.

SIBONY, Ruby; SERRANO OCHOA, María Ángeles; REINA, Olga. La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género. **Noticias Jurídicas**, [s. l.], 1 abr. 2011 Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4652-la-prueba-y-el-derecho-a-la-dispensa-del-deber-de-declarar-por-la-testigo-victima-en-los-procedimientos-de-violencia-de-genero/>. Acesso em: 20 out. 2022.

SORIANO, Olga Fuentes. **El enjuiciamiento de la violencia de género**. Madrid: Iustel, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Violência doméstica e familiar contra mulher. **Jurisprudência em Tese**, Brasília, DF, n. 41, 16 set. 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2041%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

TÁVORA, Mariana Fernandes. O sistema português. In: ÁVILA. Thiago André Pierobom de (coord.). **Modelos europeus de enfrentamento à violência doméstica: experiências e representações sociais**. Brasília, DF: ESMPU, 2014. p. 135-202.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CABA. **Violencia de género y doméstica: amenazas: amplitud y estándares probatorios: prueba directa e indirecta. presunciones: valor del testimonio de la víctima (“Taranco”)**. Buenos Aires: Tribunal Superior de Justicia CABA, 22 abr. 2014. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/38901-violencia-genero-y-domestica-amenazas-amplitud-y-estandares-probatorios-prueba-directa>. Acesso em: 20 out. 2022.

WALKER, Loren. **The Battered Woman syndrome**. New York, NY: Spring, 2009.

CRISIS CARCELARIA EN ÉPOCA DE PANDEMIA

Sergio Andrés López Zamora¹

Stephanie Carolyn Perez²

ÍNDICE

1. Introducción; 2. Crisis carcelaria desde Brasil; 2.1. Antecedentes en Brasil; 2.2. Medidas adoptadas en Brasil para la contención del COVID-19; 3. Crisis carcelaria desde Colombia; 4. Conclusiones; Referencias.

RESUMEN

La enfermedad infecciosa coronavirus disease 2019, causada por el virus SARS-CoV-2, generó cambios y consecuencias inherentes a una pandemia, dejando en evidencia la gravedad de algunas problemáticas ya tradicionales en los sistemas jurídicos suramericanos, como lo es el panorama de las cárceles, lo que llevó a plantear cómo se intensificaron esas condiciones críticas que le rodean y con ello determinar la crisis carcelaria en época de pandemia. Este texto está escrito a partir de un método analítico-descriptivo, tomando por fuentes directas dogmática, normatividad y jurisprudencia pertinentes al objeto de estudio.

Palabras clave: COVID-19. Coronavirus Disease. Crisis Carcelaria. Suramérica. Hacinamiento.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo recoge los criterios que desde nuestro punto de vista inciden con más fuerza en la crisis penitenciaria que sufren gran parte de los Estados suramericanos, tomando como referencia la situación que durante la propagación del Covid-19 se vive en los Estados de Brasil y Colombia, de donde son oriundos los autores, permitiendo su cercanía con el tema.

Así, se trata de una investigación dogmática del tipo básico-jurídica, pues el objeto de estudio está constituido por la situación penitenciaria colombiana y brasileña a partir de la doctrina, el aparato normativo y algunas piezas jurisprudenciales que rodea el asunto; por ende, se usó un método analítico-descriptivo de investigación.

Sobre este contexto, el artículo responde a la pregunta ¿cuál es el estado de crisis penitenciaria en Suramérica a partir de Brasil y Colombia en época de pandemia?, que surge del objetivo general de determinar la crisis carcelaria en época

¹ Abogado, Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Doctorando en Derecho Público por la Universidad Santo Tomás (Colombia) y Doctorando en el Área de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor adscrito al grupo de investigación Hugro Grocio del Centro de Investigación e Innovación de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos (Tunja, Boyacá, Colombia).

² Abogada, Diplomada y Magíster en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo – Brasil. Estudiante del Programa de Doctorado en el Área de Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires – Argentina. Profesora de las cátedras de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Ejecución Penal en los cursos de grado y posgrado.

de pandemia en la región. Por objetivos específicos, se postularon los siguientes: 1. Determinar el estado de la crisis carcelaria en Brasil; y, 2. Establecer el estado de la crisis carcelaria en Colombia.

Por lo anterior, se trabajará mediante un método inductivo de investigación, yendo de las condiciones especiales vividas en Brasil y Colombia, para llegar a conclusiones generales aplicables a los sistemas penitenciarios de los Estados de la región suramericana.

2. CRISIS CARCELARIA DESDE BRASIL

2.1. Antecedentes en Brasil

La cuestión sobre la crisis carcelaria es un problema que siempre existió y que se ha agudizado con la pandemia del COVID-19. Es un problema grave y lo que el COVID-19 hizo fue darle visibilidad a este grande colapso carcelario.

La situación de las cárceles en Brasil –y en todo el mundo, principalmente en Suramérica– ya se hacía insostenible desde hace mucho tiempo. Son precarias las condiciones de los centros penitenciarios asociadas a la ausencia de infraestructura física e institucional, deshumanización de las personas que están custodiadas, sobrepoblación carcelaria, entre otros asuntos que lamentablemente expresan la ineficacia del Estado para hacerle frente a un tratamiento digno a las personas que hacen parte del sistema carcelario, haciendo de los centros penitenciarios un espacio tortuoso no solo para los que están presos sino también para sus familiares y los trabajadores del sistema.

Es verdad que el establecimiento penitenciario es una construcción con muros enormes, guardas con armas, entradas, salidas y personas custodiadas. Pero no podemos olvidarnos de que las cárceles fueron pensadas para servir a la seguridad de los presos. No fueron pensadas para ser lugares para castigo y deshumanización.

Se pregunta: ¿por qué las personas están custodiadas? ¿Por qué hay personas presas? Lo que se espera como respuesta es: porque son culpables. Es decir: porque existe una sentencia firme. Claro que así debería ser. Pero no lo es. La verdad es que más de la mitad de los presos no son culpables. Y no son culpables no porque hayan sido detenidos injustamente o porque sean todos inocentes, sino porque para que sean culpables es necesario existir una sentencia firme que haya sido revisada por todas las instancias judiciales para decir que alguien es culpable. Mientras no exista una sentencia firme la persona es inocente ante la ley y principalmente ante el Estado de Derecho.

Los que están custodiados en su mayoría son presos que no tienen una condena en firme o ni siquiera tienen una condena. Están ahí simplemente porque molestan la sociedad. Sea o no culpable, tenga o no una sentencia firme, una cosa

debemos decir desde luego: un preso es un ser humano, no importa cual fue el injusto practicado. Es y siempre será un ser humano.

Sabemos que los actuales sistemas penales se basan en postulados progresistas y humanitarios acerca del fenómeno punitivo. Es decir: a pesar de la existencia de la pena y de la necesidad de que el Estado castigue al agente criminal, la pena siempre debe imponerse sobre la base de los derechos y garantías fundamentales del ser humano, evitando así la existencia –y consecuentemente la aplicación–, de penas crueles, inhumanas o que de alguna forma no respeten el postulado de la dignidad de la persona humana.

No podemos olvidarnos de que hay personas que están detenidas en lugares que siquiera fueron creados para ser prisiones, como por ejemplo las comisarías, que además de no tener infraestructura para custodiar presos no tienen funcionarios con formaciones específicas del sistema penitenciario. Son lugares sin espacio para que los presos salgan para caminar, sin espacio para que vean la luz del sol, que no garantizan la exposición diaria de los custodiados al aire libre para que puedan practicar actividades para mantener la salud física y bienestar psicosocial, sin adecuadas condiciones de higiene y que deshumanizan los derechos humanos.

Las comisarías fueron creadas para tener gente de manera transitoria y no de manera permanente como suele suceder. Las comisarías fueron creadas para que, si se detiene a una persona, pase ahí una noche y al día siguiente se le presente a la autoridad judicial, y no para quedarse ahí eternamente detenida.

Hechas estas consideraciones preliminares, hablemos ahora sobre la situación de las cárceles en Brasil que es por cierto una de las más preocupantes en América del Sur. Las cárceles brasileñas son lugares dónde no hay justicia y sobre todo no hay humanidad.

Para que se tenga una idea de la situación actual en Brasil, es necesario seguir algunos datos obtenidos en el *Levantamento nacional de informações penitenciárias dezembro de 2019*³, disponible en el sitio oficial del gobierno brasileño: Brasil tiene una población, contabilizada hasta diciembre de 2019, de 748.009 mil presos, entre los cuales 362.547 mil están detenidos en el régimen cerrado, 133.408 mil en el régimen semiabierto, 25.137 mil en el régimen abierto y 222.558 mil son presos provisorios, es decir, sin sentencia firme (la gran mayoría ni siquiera habían sido condenados).

³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias: período de julho a dezembro de 2019**. Brasília, DF: Departamento Penitenciário Nacional, 2020b. Disponible en: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiN2RjMmVmNTQtNmQ2NS00NDl1Wl0ZTQtMjMwM2Q0MWNkNGQ4IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWEyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection>. Acceso en: 1 ago. 2020.

Gráfica 1.

Población carcelaria en Brasil – Sistema de Informaciones Estadísticas del Sistema Carcelario Brasileño



Fuente: Levantamento nacional de informações penitenciárias⁴.

En Brasil, entrar en una cárcel significa perder los derechos humanos, perder los derechos a una vida digna. No son respetadas las mínimas garantías de la dignidad humana: no hay lavamanos para todos, no hay agua potable, la comida no tiene calidad alguna, hay una sobrepoblación gigantesca, no hay condiciones mínimas de higiene. Los presos no pueden acceder a médicos cuando se enferman. Los establecimientos no tienen siquiera los insumos necesarios para poder atender a los presos que tengan cuestiones básicas como fiebre o dolores de cabeza. Los pabellones no tienen estructura para segregar presos con enfermedades graves como neumonía, cáncer y Chagas de los presos saludables. Es decir: la privación de libertad en Brasil está acompañada de una grave y violadora privación de derechos humanos.

No hay atención sanitaria a los reclusos, no hay acceso rápido a la atención médica para casos urgentes, no hay limpieza de los lugares de alojamiento. No hay fumigaciones, desratizaciones ni tampoco desinfecciones de los alojamientos. El Estado no ofrece a los presos elementos básicos y esenciales para la higiene. Los locales de alojamiento de los reclusos no cumplen con normas de higiene, particularmente con respecto a existencia de ventanas para que haya circulación de aire y para que haya luz natural. La sobrepoblación de presos repercute también en su calidad de vida,

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias: período de julho a dezembro de 2019, 2020.**

afectando el acceso a la salud y a la higiene. Estos son solamente algunos de los variados ejemplos de situaciones de flagrante irrespeto a los derechos de los presos. Las cárceles no solo no cumplen su objetivo resocializador, no garantizan la seguridad y la salud de los presos, sino que además deshumanizan a los presos y los hacen vulnerables a las condiciones inhumanas de sostenimiento de la vida en estos espacios.

Con respecto a tanta deshumanización es importante decir algo tan obvio: los presos no son solamente presos. Son personas. Son seres humanos. Tienen y deben tener garantizados el derecho a la vida, a la dignidad, a la salud, a la intimidad, entre otros. El hecho de estar privado de libertad no les quita el derecho a ser tratados como seres humanos. La persona que es condenada no deja de ser persona, sólo se limitan sus derechos de manera transitoria y en la medida de la pena. Luego, exige para sí todos los derechos y deberes de la persona.

Fue a estas cárceles donde llegó la pandemia del COVID-19. En estos lugares con sobrepoblación, sin los mínimos cuidados de higiene y limpieza se instaló el coronavirus.

En estos lugares donde no hay higiene constante y donde no hay condiciones suficientes de salud se instaló un virus con enorme poder letal. Y, por todo eso, el contagio por el COVID-19 suele ser 8 a 10 veces superior entre los presos de lo que sucede con la población libre. Se trata de una cuestión grave porque la población carcelaria es vulnerable dadas las condiciones de precarización a las que están sometidos los reclusos.

Los presos, aunque estén presos, también pueden y van a enfermarse. Y cuando se enferman van a utilizar los mismos recursos de salud que las personas que no están presas generando un colapso en el sistema de salud.

Por eso, Organismos Internacionales como la Organización Mundial de la Salud (“OMS”), la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”), el Comité Internacional de la Cruz Roja (“CICR”) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) emitieron recomendaciones para evitar el ingreso de COVID-19 a las cárceles, su reproducción y esparcimiento, para evitar una catástrofe porque se comprende que los lugares de detención, en particular aquellos donde existe sobrepoblación, podrían ser espacios proclives a una rápida propagación del virus.

Según la guía publicada el 15 de marzo de 2020 por la OMS⁵, el esfuerzo global para abordar la propagación de la enfermedad puede fallar sin la atención adecuada a las medidas de control de infecciones dentro de las cárceles.

⁵ La OMS publicó el 15.03.2020 una guía para abordar el tema del COVID-19 en las cárceles instando a los gobiernos a crear un sistema de coordinación entre los sectores de la Sanidad y la Justicia, junto al personal penitenciario, para luchar contra el virus y su impacto en la población carcelaria. La guía, denominada “Preparación, prevención y control del COVID-19 en las cárceles y otros lugares de detención” proporciona información para el personal y los profesionales sanitarios que trabajan en las cárceles y las autoridades penitenciarias. World Health Organization. **Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention**. Copenhagen: WHO, 2020. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/336525>. Acceso en: 17 oct. 2022.

Siguiendo dichas recomendaciones, los países empezaron entonces a adoptar medidas de excarcelación de los presos, como ocurrió en Francia, EE. UU., Argentina, Italia y, claro, Brasil.

Estas medidas no fueron adoptadas por clemencia a los presos o por piedad, o como conmutación de la pena, sino para bajar los factores de riesgo de contagio y contaminación, y así proteger la salud de cada uno de nosotros, es decir: proteger la salud de los presos y de los que no estén presos.

A continuación, hablaremos sobre las medidas adoptadas por el Sistema Judicial Brasileño para combatir la propagación del COVID-19 en las cárceles brasileñas.

2.2. Medidas adoptadas en Brasil para la contención del COVID-19

El primer caso confirmado del COVID-19 en Brasil ocurrió el 26.02.2020. Fue un hombre, de 61 años, que viajó a Italia. Pocos días después, el 29.02.2020, fue confirmado el segundo caso. El paciente fue un hombre de 32 años que llegó de la región de la Lombardía, en Italia. El 04.03.2020, fue confirmado el tercero caso: un hombre que vivía en São Paulo y que viajó a Europa. El 05.03.2020, el país ya tenía 8 casos confirmados y el 17.03.2020, se confirmó la primera muerte. Algunos días después, el 11.03.2020, la OMS declaró la situación de pandemia para el coronavirus.

El 18.03.2020, el ministro del Supremo Tribunal Federal recomendó que los jueces reevaluaran con urgencia la situación de los presos que pertenecían al grupo de riesgo como ancianos, enfermos y embarazadas, para que fuera evaluada la posibilidad de que fueran retirados del ambiente carcelario ante la gravedad de la situación del coronavirus en Brasil. Esta recomendación fue señalada en el juicio de la “Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347”:

Ante a situação precária e desumana dos presídios e penitenciárias, no que levou o Colegiado Maior, na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF, a concluir pelo estado de coisas inconstitucional, considerada a integridade física e moral dos custodiados, assento a conveniência e, até mesmo, a necessidade de o Plenário pronunciar-se.

De imediato, conclamo os Juízos da Execução a analisarem, ante a pandemia que chega ao País – infecção pelo vírus COVID19, conhecido, em geral, como coronavírus –, as providências sugeridas, contando com o necessário apoio dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais. A par da cautela no tocante à população carcerária, tendo em conta a orientação do Ministério da Saúde de segregação por catorze dias, eis as medidas processuais a serem, com urgência maior, examinadas: a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do

artigo 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19; c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância; d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça; f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça; g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto.⁶

Se nota que, frente a la propagación de la pandemia, los países empezaron a adoptar medidas de excarcelación de los presos porque el COVID-19 vino a dar visibilidad a las debilidades del sistema penitenciario. Fueron medidas de emergencia de desinstitucionalización en materia penitenciaria adoptadas como respuesta a la propagación del COVID-19 para reducir la población privada de libertad, en función de disminuir las consecuencias devastadoras que el virus podría tener en el ámbito penitenciario. En muchos países de todo el mundo se han confirmado casos y muertes de COVID-19 entre presos y agentes carcelarios. Por ello, muchos estados han tomado medidas para reducir la población penitenciaria como estrategia clave para prevenir la pandemia.

En medio del aumento de casos y demostrando una fuerte preocupación con la población carcelaria, el Consejo Nacional de Justicia de Brasil (“CNJ”) dictó la Recomendación No 62, de 17 de marzo de 2020⁷ direccionada a tribunales y magistrados para la adopción de medidas preventivas a la propagación del COVID-19 en el sistema de justicia penal y socioeducativo. Tiene por objeto brindar a las autoridades judiciales competentes algunas recomendaciones prácticas para reducir el impacto de la pandemia COVID-19 en lugares de detención para proteger la salud y el bienestar de todos aquellos que viven, trabajan y visitan estos entornos y la población en

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tutela provisória incidental na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal**. Petições/STF nº 14.137/2020 e 14.245/2020. Decisão. Arguição de descumprimento de preceito fundamental – tutela provisória incidental – terceiro interessado. presídios e penitenciárias – estado de coisas inconstitucional – vírus covid19 (coronavírus) – providências – urgência. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 de março de 2020. Brasília, DF: STF, 2020c, p. 9-10. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>. Acceso en: 1 ago. 2020.

⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF: CNJ, 2020a. Disponible en: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acceso en: 1 ago. 2020.

general. Aunque sea una recomendación, se nota que los tribunales y magistrados siguen en su gran mayoría lo que está postulado en dicha recomendación.

En un abordaje objetivo, la Recomendación establece que, con relación a las personas que estén custodiadas, deben ser reevaluadas las prisiones provisionarias, especialmente en cuanto a las personas que estén en los grupos más vulnerables, como madres, personas con discapacidad, ancianos o personas que estén presas en cárceles con sobrepoblación donde no haya atención médica. También se recomienda la reevaluación de la situación para personas presas por más de 90 días o de personas que estén presas por crímenes no graves, o sea, los que hayan sido cometidos sin violencia o sin grave amenaza a la víctima. En cuanto a los presos que ya estén cumpliendo condena, la Recomendación establece que los jueces evalúen la posibilidad de conceder de manera anticipada la libertad condicional o la salida anticipada para los casos previstos en ley.

Otra recomendación es que el juzgador elija otorgar prisión domiciliaria a los presos que estén cumpliendo pena en régimen abierto o semiabierto⁸ o cuando el preso presente síntomas del COVID-19. Se nota que la Recomendación busca un flujo reducido de admisión a la prisión en Brasil.

También se recomienda la suspensión de realización de las audiencias de custodia, que la realización de audiencias urgentes sea por medio de videoconferencia, y la adopción de medidas de salud pública en los espacios públicos, como disponibilidad de agua potable, jabón líquido, alcohol en gel, tapabocas y barbijos para reducir la contaminación.

Así dicta la Recomendación, en su idioma original:

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

⁸ De acuerdo con el artículo 33 del Código Penal Brasileño, hay 3 regímenes de cumplimiento de la pena privativa de libertad: el cerrado, el semiabierto y el abierto. El régimen se establece de acuerdo con la condena.

Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. [...] § 2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: **a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto** (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acceso en: 1 ago. 2020).

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

[...]

Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; II – alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9º da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária; III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução; IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal; V – suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias; [...]

Art. 7º Recomendar aos Tribunais e magistrados com competência penal que priorizem a redesignação de audiências em processos em que o réu esteja solto e a sua realização por videoconferência nas hipóteses em que a pessoa esteja privada de liberdade, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus. § 1º Na hipótese de manutenção da realização de audiências, recomenda-se a adoção das seguintes medidas: I – restrição temporária da presença de visitantes do público em geral no recinto durante a solenidade; II – realização da audiência em espaços ampliados ou abertos, tais como salas destinadas aos plenários do júri e auditórios, permitindo maior distância respiratória entre as pessoas presentes; III – substituição temporária de magistrados e agentes públicos que pertençam ao grupo de risco; IV – adoção de medidas de higiene e de prevenção, tais como disponibilização de água corrente e sabão líquido, utilização de máscaras, álcool gel e outros produtos que possam reduzir o risco de contaminação e limpeza minuciosa das superfícies; V – garantia de salubridade e medidas de isolamento, quando necessário, na carceragem adjacente à sala de audiência; VI – uso excepcional de algemas, que devem ser higienizadas com material antiviral; VII – redução do tempo de permanência nas carceragens dos Fóruns.⁹

No solo Brasil, sino que muchos países alrededor del mundo ahora enfrentan la necesidad de poner en marcha acciones en función de detener el contagio y de salvar vidas, especialmente cuanto a la población carcelaria que se caracteriza por su vulnerabilidad y que, por tanto, requiere una atención especial ya que padecen, con demasiada frecuencia, las consecuencias de problemas tales como el limitado acceso a la salud, la sobrepoblación y el hacinamiento carcelarios.

Estas medidas son extremadamente importantes porque los presos, sean o no culpables, tengan o no condena firme, tienen que mantenerse aislados. Y ¿cómo lo van a hacer en pabellones pensados para 10 personas y donde hay 150 personas? Es imposible el aislamiento en estas condiciones.

Es importante decir que los vulnerables no son apenas los presos, sino también las personas que trabajan en el sistema carcelario. Estas personas pasan el día en las cárceles y en las comisarías y al fin del día vuelven a sus casas, donde están sus familiares. Hay también los abogados que van a visitar sus clientes. Si estas personas se enferman, hay una grande probabilidad de que transmitan el virus a sus familiares. Es por eso que tenemos que cuidar a todos que estén adentro del sistema carcelario: los presos y las personas que ahí trabajan todos los días.

Las medidas recomendadas por el Consejo Nacional de Justicia no son una amnistía, no borran el delito y tampoco son una conmutación de la pena. Son medidas de emergencia adoptadas por un periodo transitorio. Nada más. Una vez todo

⁹ BRASIL. *Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020*, p. 5-8.

vuelva a la normalidad, los presos van a volver a la cárcel y volverá entonces la discusión del problema de las cárceles tal cual antes de la pandemia.

Las medidas recomendadas por el Consejo Nacional de Justicia por medio de la Recomendación No 62 son medidas que desarrollan la democracia por medio de la adopción de medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir el riesgo de propagación del COVID-19, de manera a proteger las personas que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, combatiendo la sobrepoblación carcelaria, previniendo y mitigando el riesgo de propagación del virus.

Es decir: la implementación de las recomendaciones dictadas por el Consejo Nacional de Justicia por medio de la Recomendación No 62 está basada en las obligaciones estatales derivadas del derecho y de estándares internacionales en relación con la democracia y con los derechos humanos fundamentales como la dignidad humana, la vida, la integridad personal, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. El reto que la democracia enfrenta es, por ende, velar por el cumplimiento de estos derechos a todos los seres humanos, principalmente a los que estén presos en este momento de emergencia causado por la pandemia.

Es necesario un control eficaz de la infección en el medio penitenciario, por medio de una coordinación estrecha entre los sectores de la salud, los servicios sanitarios de los centros penitenciarios y el Poder Judicial, para mantener a los profesionales bien informados y preparados para abordar esta pandemia.

Este enfoque se construye a partir del vertiginoso escalamiento del brote, que trajo consecuencias catastróficas humanitarias sin precedentes, tan impredecibles como incalculables. El confinamiento bajo una sobrepoblación convierte a los establecimientos carcelarios en una zona de transmisión significativa del virus, poniendo en riesgo el estado de salud de las personas que interactúan en un medio asediado por el hacinamiento. En este contexto, surge para el Estado de Derecho, para las instituciones políticas y para los aparatos jurídicos el objetivo de garantizar los derechos subjetivos de los presos. Hay planteada una nueva agenda que se deriva directamente del hecho democrático.

A continuación, vamos a ver el panorama penitenciario en Colombia frente al COVID-19.

3. CRISIS CARCELARIA DESDE COLOMBIA

La situación en Colombia, como ya se ha dicho, no dista mucho de la vivida en Brasil, por lo que su abordaje será abonado al estudio del capítulo anterior, entendiendo que las dificultades en las cárceles suramericanas son análogas en todos los países de la región. Empezaremos por establecer el contexto de crisis que se vive en el país en tiempos de pandemia.

Así, según datos oficiales del Instituto Nacional de Salud de Colombia (INS)¹⁰, el Covid-19 ingresa al país el 6 de marzo de 2020, tras el reporte de una mujer de 19 años que llega a la nación desde Milán (Italia), empezando la propagación en el territorio hasta que, alcanzados los 157 casos confirmados, al 17 de marzo se promulga el Decreto 417 de 2020, estableciendo el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica¹¹.

De acuerdo con los postulados constitucionales colombianos, el Estado de Emergencia sobreviene por la situación que exponía el Covid-19, de dañar o poner en peligro en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, con el fin de mitigar la situación e impedir la expansión del brote.

Entendiendo el potencial riesgo que el virus podría representar a la población carcelaria es que el gobierno colombiano promulga el Decreto 546 de 2020¹², entre otros, con el fin de adoptar medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento preventiva en establecimientos penitenciarios por la prisión domiciliaria y la detención preventiva transitorias en el lugar de residencia de las personas en condición de mayor vulnerabilidad frente al virus.

Las consideraciones de la promulgación del Decreto 546 de 2020 responden a la rápida propagación del virus y a que el gobierno no era ajeno a las condiciones de la población carcelaria, cuyos efectos podrían poner en riesgo la vida e integridad personal de internos, trabajadores y demás colaboradores de las prisiones.

Estas mismas consideraciones exaltan que la mayor dificultad que viven las cárceles y por las que el virus les es potencialmente peligroso, se debe al hacinamiento inmerso en el derecho penal ejecutivo que se ha intensificado desde la década de los noventa, como reconoce Arenas García y Cerezo Domínguez¹³, quienes sostienen que Colombia sufre una sobrepoblación del sistema carcelario que supera el 52,9%.

¹⁰ INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. **COVID-19 en Colombia**. Reporte 05-06-2020 6:30 p.m. Bogotá: INS, [2020]. Disponible en: <https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/Coronavirus.aspx>. Acceso en: 1 ago. 2020.

¹¹ COLOMBIA. Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto 417 de 2020, por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional. **Diario Oficial**, Bogotá, año 156, n. 51.259, p. 1, 17 mar. 2020a. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30038962>. Acceso em: 1 ago. 2020.

¹² COLOMBIA. Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto 546 de 2020, por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. **Diario Oficial**, Bogotá, año 155, n. 51.285, p. 5, 14 abr. 2020b. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039042>. Acceso en: 1 ago. 2020.

¹³ ARENAS GARCÍA, Lorea; CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. Realidad penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal. **Revista Criminalidad**, Bogotá, v. 58, n. 2, p. 175-195, 2016, p. 182. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v58n2/v58n2a07.pdf>. Acceso em: 1 ago. 2020.

La situación representa tanta claridad ante el aparato Legislativo, que las cifras son recogidas constantemente por la institución pública garante de la ejecución de las penas, que ejerce la vigilancia, custodia, atención social y tratamiento de las personas privadas de la libertad en la república, denominado Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), quien reconoce que a junio de 2015 los cupos se fijaron en 78.044, sin embargo, el número de internos rondaba ya las 120.905 personas, superando un hacinamiento del 54,9%¹⁴.

A este punto es necesario recalcar que la máxima autoridad en materia constitucional en Colombia es la Corte Constitucional, quien, desde la entrada en vigencia del orden constitucional vigente (que surge con la Constitución Política de 1991), ha reiterado el estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario, por el cual se reconoce la gravedad de la situación y el proclive de la violación de derechos humanos de la población penitenciaria (tal situación se recoge con amplitud en la Sentencia de Tutela 762 de 2015¹⁵, donde además se exhorta al Congreso de la República, al Gobierno Nacional y a la Fiscalía General de la Nación -órgano encargado de la persecución penal en el país-, de la creación, implementación y ejecución de medidas alternativas a la privación de la libertad -que a la fecha sigue sin cumplirse).

Con ello queremos demostrar que el hacinamiento constituye una situación tan compleja, que resulta de tratamiento tanto por la rama Ejecutiva (por vía del Presidente de la República, quien promulga el Decreto Legislativo 546 de 2020), como por la rama Legislativa (por vía de la promulgación de las normas que intentan mitigar la crisis carcelaria frente al Covid-19), y por la rama Judicial (a partir de las diferentes providencias judiciales donde se mitiga el hacinamiento), situación que permite asegurar que es este el afluente principal del problema.

Vemos entonces que la situación se enmarca en el hacinamiento carcelario, de donde surgen otras subcategorías que requieren de análisis para conjurar la crisis, como que los cupos en las prisiones no incrementen en la misma forma en que aumentan el número de privados de libertad¹⁶, situación complicada a la que se debe tomar atención a nivel administrativo y de política criminal, pues el populismo

¹⁴ INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO. **Impacto legislación penal en la población penitenciaria y carcelaria a cargo del INPEC**: 1998-2015. Bogotá: Inpec, 2015. Disponible en: <https://www.inpec.gov.co/documents/20143/49294/MOMENTOS+HISTORICOS+INPEC+2015-1.pdf/705ba5dc-a6eb-38f5-bc2a-a8da3d1895bb?version=1.0>. Acceso en: 1 ago. 2020.

¹⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-762/15**. Estado de Cosas Inconstitucional en Sistema Penal y Penitenciario. Política criminal. Fallas estructurales del sistema [...]. Demandante: Diosemel Quintero Bayona y Otros. Demandado: Inpec y otros. Magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, 16 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>. Acceso en: 1 ago. 2020.

¹⁶ LÓPEZ ZAMORA, Sergio Andrés. Análisis de la crisis carcelaria en Colombia. In: BOLÍVAR MOJICA, Eyder; HIGUERA JIMÉNEZ, Diego Mauricio (ed.). **Estudios en derecho penal**: trabajos de investigación formativa producto del trabajo conjunto entre programas de pregrado y posgrado. Tunja: USTA, p. 85-103, 2013, p. 93.

punitivo que maneja el gobierno colombiano durante las últimas décadas ha conllevado importantes retrocesos que niegan la naturalidad y humanidad garante en un derecho penal progresista, pues solo hace unas semanas (2020) se introdujo la cadena perpetua en Colombia, que a nuestro criterio resulta equivalente a la pena de muerte abolida hace más de cien años en la nación.

Este populismo punitivo se ha transformado en un cúmulo de problemas directamente relacionados con el hacinamiento carcelario, como la constante promulgación de leyes que tipifican nuevas conductas como delitos y de otras que restringen el acceso a subrogados penales y beneficios por colaboración con la justicia, lo cual a su vez se transmuta a problemáticas para la administración de justicia, como la exagerada congestión judicial que sufre la nación colombiana¹⁷.

Lo cierto es que el hacinamiento es una situación tan complicada, que también ha transmutado -pudriendo y negando-, a los fines de la pena (en Colombia, operan los de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado), ya que también se ha dicho: “nuestras cárceles, totalmente atiborradas de delincuencia, no son un lugar de reinserción o rehabilitación, sino más bien de perversión, lo cual atenta contra la salud pública”¹⁸.

En efecto, la dogmática penal también ha exaltado su postura frente a la imposición desenfrenada de penas intramurales, precisamente por generar hacinamiento, puesto que, como reconoce Zaffaroni¹⁹, la imposición de penas en un marco de hacinamiento penitenciario resulta equivalente a la imposición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, cuya aplicación terminará atentando en contra de los bienes jurídicos que el derecho penal tutela.

De acuerdo con lo anterior, el problema más grave que sufre el sistema penitenciario en Colombia surge y rodea al hacinamiento de las prisiones, lo cual responde a la propagación del virus, pues al momento en que se redactan estas letras se superan 3.477 casos confirmados en un importante número de cárceles a lo largo y ancho del país²⁰.

En tal sentido, lo esperado y propicio era que el Decreto Legislativo 546 de 2020 recogiera la situación en crisis y permitiera un tratamiento penitenciario

¹⁷ LÓPEZ ZAMORA, Sergio Andrés. **Análisis de la crisis carcelaria en Colombia**, p. 93-96.

¹⁸ LÓPEZ ZAMORA, Sergio Andrés. El pensamiento humanista; Cesare Beccaria y John Howard respecto de la realidad jurídica penal colombiana. **Revista Iter Ad Veritatem**, Tunja, v. 10, n. 10, p. 333-352, 2012, p. 341. Disponible en: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/download/567/387/>. Acceso en: 1 ago. 2020.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal**. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020. Disponible en: http://diazdiazgroup.com/index.php/k2/item/download/127_45053b2a5fb1f8140e923d6f6858faa5. Acceso en: 1 ago. 2020.

²⁰ COVID-19 en las cárceles: hay 3.477 casos, 3.367 recuperados y ocho muertos. **El Espectador**, Bogotá, 28 jul. 2020. Disponible en: <https://www.elespectador.com/coronavirus/covid-19-en-las-carceles-hay-1065-casos-16-recuperados-y-cuatro-muertes-articulo-915830/>. Acceso en: 1 ago. 2020.

acorde a la fuerza mayor natural a una pandemia, en el sentido de exponer medidas que combatieran el tan censurable hacinamiento, sin embargo, en su contenido se encuentra que las medidas sustitutivas de prisión y de medida cautelar preventiva domiciliaria solo tendría un término de 6 meses (art. 3), lo que hace entender que el legislador excepcional adujo que la pandemia generada por el Covid-19 terminaría el 14 de octubre de 2020 (el Decreto Legislativo se promulga el 14 de abril), por lo que en dicha fecha todos los beneficiarios de las medidas tendrán que retornar a las cárceles, robusteciendo nuevamente el entredicho hacinamiento.

La segunda gran problemática del Decreto responde a una indebida intromisión de una política criminal restrictiva, ya que su campo de aplicación es tan mínimo que parece hipotético, encontrando en su art. 6 un importante número de delitos excluidos de los beneficios de la norma, que, además, se suman al común margen restrictivo de la Ley 599 de 2000 y 906 de 2004 (Código Penal y Código de Procedimiento Penal colombianos).

Con ello, concluimos afirmado que las medidas adoptadas por el gobierno colombiano para mitigar la propagación del virus en tiempos de pandemia brillan por lo inefectivas e inequitativas, lo cual incrementa y acentúa el punto de crisis del sistema penitenciario, a saber: el hacinamiento en las cárceles.

4. CONCLUSIONES

Las consecuencias que América del Sur ha enfrentado frente a la situación del COVID-19 corresponde a un modelo punitivo que enfoca sus acciones en el castigo y no apunta a la resocialización. Esto tiene que ver con la política criminal adoptada que ve las cárceles como la única solución a cualquier problema social que se manifieste. Así surgen leyes extremadamente punitivas, con incremento de penas, disminución de garantías y de derechos humanos y una criminalización constante de conductas. Todas estas características se juntan para hacer del sistema penitenciario insuficiente, ineficiente y colapsado, donde hay tortura, deshumanización y no se cumplen las funciones de resocialización.

Respecto al panorama penitenciario en Brasil, resulta que la crisis carcelaria no se limita estrictamente al hacinamiento, sino que remonta también a la manera como el Estado trata la cuestión de las personas privadas de libertad, irrespetando las mínimas garantías de la dignidad humana, deshumanizando los presos y violando sus derechos humanos.

Por su parte, de la situación en Colombia se extraen tres conclusiones aplicables a los modelos del sur: en primer lugar, la problemática más grave que rodea a los sistemas penitenciarios contemporáneos responde al hacinamiento de las cárceles, rodeado de generadores como un desproporcionado populismo punitivo, una restrictiva y poco garantista política criminal y la existencia de un cuerpo normativo excluyente.

En segundo lugar, pese a que las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial son perfectamente concedoras del hacinamiento en las cárceles, actualmente su actuar no está encaminado en la protección efectiva de los derechos de los privados de la libertad, razón por la cual el objetivo central sigue tendiendo a la tipificación de conductas y la promulgación de normas que ignoran situaciones de fuerza mayor como lo es una pandemia, al momento de emitir normatividad que se opone a medidas distintas a la privación de la libertad.

Por último, se tiene que las medidas adoptadas por los gobiernos no han tenido efectividad, razón de más para pensar en que se replanteen en su totalidad, en el sentido que la sobrepoblación carcelaria se ha mantenido en aumento durante las últimas décadas, haciendo evidente que las medidas -incluidas las tomadas en época de pandemia- resultan ineficaces por ser restrictivas.

REFERENCIAS

ARENAS GARCÍA, Lorea; CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. Realidad penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal. **Revista Criminalidad**, Bogotá, v. 58, n. 2, p. 175-195, 2016. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v58n2/v58n2a07.pdf>. Acceso em: 1 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF: CNJ, 2020a. Disponible en: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acceso en: 1 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acceso en: 1 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: período de julho a dezembro de 2019. Brasília, DF: Departamento Penitenciário Nacional, 2020b. Disponible en: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiN2RjMmVmNTQtNmQ2NS00NDElLWlQtmjMwM2Q0MWNkNGQ4IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWFyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection>. Acceso en: 1 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tutela provisória incidental na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal**. Petições/STF nº 14.137/2020 e 14.245/2020. Decisão. Arguição de descumprimento de preceito fundamental – tutela provisória incidental – terceiro interessado. presídios e penitenciárias – estado de coisas inconstitucional – vírus covid19 (coronavírus) – providências – urgência. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 de março de 2020. Brasília, DF: STF, 2020c. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>. Acceso en: 1 ago. 2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-762/15**. Estado de Cosas Inconstitucional en Sistema Penal y Penitenciario. Política criminal. Fallas estructurales del sistema [...]. Demandante: Diosemel Quintero Bayona y Otros. Demandado: Inpec y otros. Magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, 16 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>. Acceso en: 1 ago. 2020.

COLOMBIA. Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto 417 de 2020, por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional. **Diario Oficial**: Bogotá, año 156, n. 51.259, p. 1, 17 mar. 2020a. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30038962>. Acceso en: 1 ago. 2020.

COLOMBIA. Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto 546 de 2020, por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. **Diario Oficial**: Bogotá, año 155, n. 51.285, p. 5, 14 abr. 2020b. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039042>. Acceso en: 1 ago. 2020.

COVID-19 en las cárceles: hay 3.477 casos, 3.367 recuperados y ocho muertos. **El Espectador**, Bogotá, 28 jul. 2020. Disponible en: <https://www.elespectador.com/coronavirus/covid-19-en-las-carceles-hay-1065-casos-16-recuperados-y-cuatro-muertes-articulo-915830/>. Acceso en: 1 ago. 2020.

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO. **Impacto legislación penal en la población penitenciaria y carcelaria a cargo del INPEC: 1998-2015**. Bogotá: Inpec, 2015. Disponible en: <https://www.inpec.gov.co/documents/20143/49294/MOMENTOS+HISTORICOS+INPEC+2015-1.pdf/705ba5dc-a6eb-38f5-bc2a-a8da3d1895bb?version=1.0>. Acceso en: 1 ago. 2020.

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. **COVID-19 en Colombia**. Reporte 05-06-2020 6:30 p.m. Bogotá: INS, [2020]. Disponible en: <https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/Coronavirus.aspx>. Acceso en: 1 ago. 2020.

LÓPEZ ZAMORA, Sergio Andrés. Análisis de la crisis carcelaria en Colombia. In: BOLÍVAR MOJICA, Eyder; HIGUERA JIMÉNEZ, Diego Mauricio (ed.). **Estudios en derecho penal**: trabajos de investigación formativa producto del trabajo conjunto entre programas de pregrado y posgrado. Tunja: USTA, 2013. p. 85-103.

LÓPEZ ZAMORA, Sergio Andrés. El pensamiento humanista; Cesare Beccaria y John Howard respecto de la realidad jurídico penal colombiana. **Revista Iter Ad Veritatem**, Tunja, v. 10, n. 10, p. 333-352, 2012. Disponible en: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/download/567/387/>. Acceso en: 1 ago. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention**. Copenhagen: WHO, 2020. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/336525>. Acceso en: 17 oct. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal**. Buenos Aires: Editores del Sur, 2020. Disponible en: http://diazdiazgroup.com/index.php/k2/item/download/127_45053b2a5fb1f8140e923d6f6858faa5. Acceso en: 1 ago. 2020.