



Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

90
julho/dezembro 2019

REVISTA DA PROCURADORIA- GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



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

90

JULHO/DEZEMBRO 2019



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

ISSN 0102-8065

**CENTRO DE ESTUDOS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 – 10º andar
CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil
Tel. (11) 3286-7005
Homepage: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos

Bruno Maciel dos Santos

Assessoria

Joyce Sayuri Saito, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

Comissão Editorial

Presidência

Bruno Maciel dos Santos

Membros

Américo Andrade Pinho, Cláudio Henrique Ribeiro Dias, Joyce Sayuri Saito, Juliana Campolina Rebelo Horta, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Rafael Carvalho de Fássio, Telma de Freitas Fontes e Thiago Oliveira de Matos

Revista

Coordenação editorial desta edição: Joyce Sayuri Saito

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: revista eletrônica

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971 - (semestral)

1971-2019 (1-89)

CDD-34(81)
CDU-340

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
Bruno Maciel dos Santos	
Joyce Sayuri Saito	
Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira	
A (IN)EXISTÊNCIA DE AÇÃO COLETIVA ATÍPICA E A NATUREZA JURÍDICA DE AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO EM MOMENTO ANTERIOR À REGULAMENTAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	9
Joaquim Pedro Menezes de Jesus Lisboa	
A PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO E A TUTELA DO DIREITO DO CONSUMIDOR	25
Vinicius José Alves Avanza	
A REQUISIÇÃO JUDICIAL DE DADOS CONSTANTES NOS ASSENTOS FUNCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO ENTRE A EFICIÊNCIA PROCESSUAL, O ACESSO À INFORMAÇÃO E A PROTEÇÃO DE DADOS	45
Lucas Soares de Oliveira	
AS DECISÕES QUE NADA DECIDEM: ANÁLISE SOBRE O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROBLEMA DE FORMAÇÃO DA MAIORIA ABSOLUTA	69
Renato Manente Corrêa	
O CONTRADITÓRIO E O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO: EXPLORANDO O DIREITO À CONTRADIÇÃO NA ATUALIDADE	87
Lucas Soares de Oliveira	

O PODER DE AGENDA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE
DA DISCRICIONARIEDADE NA COMPOSIÇÃO DA PAUTA DE
JULGAMENTOS..... 115

Filipe Gadelha Diógenes Fortes

SILÊNCIO CONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA
PROPOSTA DE LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA
INTERPRETAÇÃO DO SILÊNCIO CONSTITUCIONAL CONFORME O
PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO INSTITUÍDO
PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 129

Arilson Garcia Gil

APRESENTAÇÃO

Nesse número da Revista da PGE constam textos de temas variados, todos de autoria de procuradores do estado de São Paulo que, baseados em suas experiências acadêmicas e profissionais, nos brindaram com textos de excelência.

O primeiro artigo, a partir da análise de um caso concreto, tratou da natureza jurídica das ações coletivas, bem como a possibilidade de ajuizamento de ação coletiva atípica.

O segundo abordou a atuação da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo na tutela dos direitos do consumidor, com destaque à forma de atuação da Fundação Procon (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor) nas causas de natureza coletiva.

Outro interessante trabalho buscou esclarecer quais são os limites para a obtenção de informações pessoais de servidores públicos constantes em bancos de dados funcionais, em especial nos processos de execução. Abordou quais as hipóteses em que a Administração Pública seria obrigada a fornecer dados pessoais de seus servidores, constantes de seus assentamentos.

Há também artigo que, de forma crítica, analisa as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 4.066 e 4.167, as quais, diante da ausência de formação de quórum de maioria absoluta por redução do número de ministros votantes, deixou de aplicar a eficácia geral e os efeitos vinculantes próprios dessas ações. O autor analisou se essa postura seria admissível considerados o princípio de vedação ao *non liquet*, o direito à prestação jurisdicional, a segurança jurídica e o princípio de efetividade da jurisdição constitucional.

As múltiplas faces do direito fundamental ao contraditório também foi analisado à luz do Código de Processo Civil de 2015, buscando demonstrar que os desafios à plena eficácia social ou efetividade do contraditório vão além do plano legislativo ou doutrinário.

Também se discutiu o exercício do poder de agenda pelo Supremo Tribunal Federal em relação à formação da sua pauta de julgamentos. Nesse sentido, foram identificados alguns dos problemas relacionados

à falta de critérios objetivos e transparentes quanto à organização da pauta daquele órgão, tendo o autor proposto possíveis soluções ao seu aprimoramento.

Por fim, analisou-se a legitimação do Poder Judiciário para interpretação do silêncio constitucional, instituto que, a depender da interpretação, pode ser tanto um obstáculo quanto uma via de desenvolvimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito, que para ser atingido, se faz necessário o uso dos instrumentos de participação e deliberação dialógica, como as audiências públicas e o instituto do *amicus curiae*.

Como disse Machado de Assis em seu conto *Primas de Sapucaia!*: (...) *palavra puxa palavra, uma ideia traz outra, e assim se faz um livro, um governo, ou uma revolução; alguns dizem mesmo que assim é que a natureza compôs as suas espécies*¹.

Nessa revista o leitor certamente encontrará inspiração para perpetuar a legalidade e a defesa do interesse público, princípios que embasaram todos os textos apresentados e que permanentemente norteiam a atuação da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Bruno Maciel dos Santos
Procurador do Estado Chefe
Centro de Estudos - Escola Superior

Joyce Sayuri Saito
Procuradora do Estado Assessora

Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira
Procuradora do Estado Assistente

1 ASSIS, Machado de. Volume de contos. Rio de Janeiro: Garnier, 1884. Acesso: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000203.pdf>

A (IN)EXISTÊNCIA DE AÇÃO COLETIVA ATÍPICA E A NATUREZA JURÍDICA DE AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO EM MOMENTO ANTERIOR À REGULAMENTAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Joaquim Pedro Menezes de Jesus Lisboa¹

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. O caso concreto. 3. Do *nomen iuris* dado à demanda. 4. O microssistema de processo coletivo. Existência de uma Ação Coletiva atípica/autônoma? 5. Do tipo de Ação Coletiva ajuizada. Do Mandado de Segurança coletivo. Ajuizamento do *mandamus* em momento anterior à sua regulamentação normativa. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO Este trabalho tem como objetivo principal analisar a natureza jurídica de Ação Coletiva a partir de um caso concreto específico. Será analisada a possibilidade ou não de ajuizamento de Ação Coletiva atípica. A partir disso, será estudada a possibilidade de ajuizamento de Mandado de Segurança coletivo mesmo antes de sua regulamentação legal.

Palavras-chave: processo coletivo; mandado de segurança coletivo; ação coletiva atípica.

ABSTRACT This work has as main objective to analyze the legal nature of Class Action from a specific concrete case. The possibility or not of atypical class action will be analyzed. And, from this, the possibility of filing a Collective Injunction will be studied before its legal authorization.

Keywords: collective process; collective writ of mandamus; atypical collective action.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo intenta trazer à lume o questionamento surgido no caso prático vivenciado em cumprimento individual de Ação Coletiva ajuizada por sindicato da categoria.

Durante o referido cumprimento individual, surgiu o debate acerca da natureza jurídica da Ação Coletiva que se intentava executar.

Desse modo, partindo da análise do caso concreto vivenciado, o presente estudo, ainda que breve, tem o objetivo de analisar a possibilidade ou não de ajuizamento de uma Ação Coletiva atípica, dissociada das espécies típicas de ações coletivas previstas legalmente e, em seguida, entender se seria possível considerar a demanda coletiva como um Mandado de Segurança coletivo, mesmo antes da regulamentação normativa da referida ação, ocorrida com a Lei nº 12.016/09.

A conclusão da análise demandará, necessariamente, o estudo de tutela coletiva constitucional e suas vicissitudes, mormente quando se tem o Mandado de Segurança como uma típica ação constitucional.

2. O CASO CONCRETO

O caso concreto foi vivenciado no processo nº 100727-10.2019.8.26.0053, o qual trata de um cumprimento individual de sentença prolatada na demanda coletiva nº 0002370-51.2004.8.26.0053.

A demanda coletiva, em si, tinha como objeto principal o intuito de cessar descontos de contribuições previdenciárias que vinham sendo feitos em desfavor dos inativos da categoria. Referida ação, por final, veio a ser julgada procedente.

O cumprimento individual da sentença coletiva, manejado por integrantes da categoria do sindicato, iniciou-se informando que a Ação Coletiva nº 0002370-51.2004.8.26.0053 seria um Mandado de Segurança coletivo.

Fora apresentada impugnação por parte do estado de São Paulo, informando a impossibilidade de execução de valores que antecediam o ajuizamento do *writ* constitucional, tendo em vista a norma específica contida na Lei nº 12.016/09 nesse sentido (art. 14, § 4º).

A impugnação fora acolhida pelo magistrado, extinguindo a execução.

No entanto, após ter julgamento desfavorável contra si, os exequentes alegaram, por meio de Embargos Declaratórios, que a demanda principal se tratava, em verdade, de uma Ação Coletiva Ordinária, e não de um Mandado de Segurança coletivo, como informado inicialmente.

Para levantar tal alegação, fundamentaram-se no nome dado à Ação Coletiva à época do ajuizamento, tendo em vista que foi nominada genericamente como “ação ordinária”, apesar de suas características coletivas.

Entende-se que, com essa alegação, os exequentes levantaram a tese de que a demanda coletiva manejada seria uma Ação Coletiva atípica, tendo em vista que, ao ser analisada nominalmente, não estaria enquadrada entre nenhuma das ações coletivas típicas existentes (Ação Civil Pública, Mandado de Segurança coletivo, Ação Popular, entre outras).

Fato é que, com a referida alegação, nasceu a dúvida acerca de quais regras procedimentais seriam aplicáveis ao cumprimento individual de sentença, se seguiriam as normas de execução ordinárias ou normas específicas da legislação do microsistema de tutela coletiva.

Apenas fazendo um adendo explicativo, o Estado manteve a tese de que se trataria de um Mandado de Segurança coletivo. No entanto, o magistrado do caso acabou por entender que se trataria de uma ação ordinária, conforme alegado pelos exequentes. Apesar disso, manteve a extinção do cumprimento de sentença por motivo outro, distinto da discussão que será travada no presente estudo.

Ultrapassado esse adendo explicativo, o fato é que, nascida a controvérsia, é necessário apontar qual a real natureza jurídica da demanda coletiva que se intentava executar, o que se passará a fazer nos tópicos que se seguem.

3. DO NOMEN IURIS DADO À DEMANDA

No primeiro momento, cumpre analisar se o nome dado à ação é efetivamente importante para definição de sua natureza jurídica.

No caso, como já informado, a alegação dos exequentes foi no sentido de que, tendo a Ação Coletiva sido nominada como ação ordinária, seria então uma Ação Coletiva Ordinária.

O fato é que a doutrina mais abalizada vem se manifestando no sentido que o *nomen iuris* conferido à ação não é capaz de determinar sua natureza jurídica. É necessário analisar o cerne da ação em si, os objetivos intentados, tipo de legitimado ativo etc. Veja-se:

Além disso, também o “nome” dado à Ação Coletiva não importa para fins de sua admissibilidade em juízo. O que importa é a “substância” da ação. Por exemplo: quer seja uma “ação de Mandado de Segurança coletivo”, quer uma “Ação Civil Pública” ou uma “Ação Popular”, se todas compartilham mesma causa de pedir e mesmo pedido (ou próximo – mesmo “bem ou interesse” objeto de tutela), nesse caso haverá duplicidade de litispendência, poderá haver coisa julgada ou conexão ou continência.

O principal: para fins de admissibilidade da demanda o nome é desimportante.²

Tem-se, portanto, que a alegação fundada tão somente no nome conferido à ação não nos parece a melhor maneira de definir sua natureza jurídica.

No caso em específico, analisando a ação originária informada acima, fica nítido o seu caráter de ação coletiva, tendo em vista ter sido movida por sindicato, havendo, inclusive, debate acerca de sua legitimidade ativa como substituto processual.

Isso é importante, pois somente havendo a natureza jurídica de ação coletiva é que os efeitos da coisa julgada poderiam ser transportados às partes individuais, que se beneficiaram do determinado ao final da demanda, de modo que os legitimariam a executar a sentença de forma individual.

Tal entendimento deve-se ao fato de que o efeito subjetivo da coisa julgada difere quando se está a tratar de uma demanda individual ou uma demanda coletiva.

Caso a demanda fosse considerada uma ação ordinária pura e simples, de natureza individual, os efeitos da coisa julgada iriam estar

2 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. – 14. ed. – Salvador: Juspodivm, 2020, p. 150.

restritos aos participantes da ação (efeitos *inter partes*), tendo em vista a limitação subjetiva da coisa julgada informada no art. 506, do CPC³.

Por outro lado, em demandas coletivas, os efeitos da coisa julgada são determinados não pelo CPC, mas sim pelo Código de Defesa do Consumidor, no art. 103⁴ do diploma, de modo que dependerá do tipo de direito coletivo que está sendo tutelado na ação. No entanto, em todas as hipóteses, a coisa julgada atingirá sujeitos que não participaram do processo em si (efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*)⁵, sendo esse o ponto fulcral que difere os efeitos da coisa julgada em uma demanda individual dos efeitos em uma demanda coletiva.

Fixado que a demanda tem características específicas de ação coletiva, cumpriria definir que tipo de ação ela seria. Uma Ação Coletiva autônoma, conforme alegado pelos exequentes, ou outra Ação Coletiva entre as típicas demandas previstas no ordenamento pátrio.

Os próximos pontos tentam chegar à conclusão sobre qual tipo de Ação Coletiva se estava tentando executar.

4. O MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO. EXISTÊNCIA DE UMA AÇÃO COLETIVA ATÍPICA/AUTÔNOMA?

A perspectiva coletiva de processo surgiu diante do desenvolvimento da sociedade, com um grau de massificação de condutas e conflitos que

3 Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

4 Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

5 Na tutela coletiva não se repete a regra da coisa julgada *inter partes* presente no Código de Processo Civil. O tema é versado no art. 103 do CDC e varia conforme a espécie de direito coletivo *lato sensu* que compõe o objeto do processo. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 8. ed. – Salvador: Juspodivm, 2016.)

demonstraram que uma proteção coletiva ampla poderia ser até mesmo mais eficaz do que quando observada tutela processual sob uma simples ótica individual.

O objetivo da coletivização da lide é dar efetividade ao direito de acesso à justiça, bem como promover economia processual, racionalizando a prestação do serviço do Poder Judiciário.

Certo é que a teoria de processo coletivo é relativamente recente, quando comparada a outras searas do Direito.

A demonstrar isso, temos que no Brasil ainda não existe um código específico que regulamente as ações coletivas de maneira uniforme e racionalizada.

No Direito pátrio, as regras aplicáveis às demandas coletivas derivam de diversos diplomas legais que, quando somados, compõem o que se chama, usualmente, de microsistema da tutela coletiva.

Nesse ponto, importante citar que o CDC é visto, por alguns autores, como um verdadeiro “código de processo coletivo brasileiro”, por ter inovado na temática de defesa coletiva do consumidor, procedendo a alterações na própria Lei da Ação Civil Pública. Vejamos como explicam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

O CDC (Lei nº 8.078/1990) surgiu por imposição expressa do art. 5º, XXXII, da CF/88 e do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

O estatuto dispõe a matéria em seis títulos, sendo principal, para este estudo, o Título III “Da Defesa do Consumidor em Juízo”. Ali, já no art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III, estabelece o Código os conceitos de direito difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, **atingindo, assim, um tema que até então não havia sido esclarecido por nenhuma legislação nacional de forma expressa e que era conturbado, inclusive na doutrina especializada.**

(...)

O CDC, ao alterar a Lei nº 7.347/1985 (LACP), atuou como verdadeiro agente unificador e harmonizador, empregando e adequando à sistemática processual vigente do Código de Processo Civil e da LACP para defesa de direitos “difusos, coletivos, e individuais, no que for cabível,

os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11/9/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.⁶

Nada obstante a essa ideia do CDC como sendo um código de processo coletivo brasileiro, o certo é que as mais diversas normas com características de processo coletivo compõem o que se denomina microsistema, de modo que suas previsões se interpenetram e se subsidiam.

Desse modo, o microsistema seria composto “pelo CDC, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Ação Popular, no seu núcleo, a Lei de Improbidade Administrativa, a lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, na sua periferia.”⁷

Fato é que, diante dessa inexistência de uma codificação específica acerca da tutela coletiva, surgem diversas dúvidas e debates durante a aplicação diária do Direito.

A dúvida que permeia o presente estudo é: dentro de uma temática civil-administrativa, existiria uma espécie de Ação Coletiva atípica/autônoma? É dizer, uma ação manejada por um legitimado coletivo, tomando como base o procedimento genérico e vicissitudes do microsistema de tutela coletiva? Ou toda Ação Coletiva deveria estar enquadrada entre um dos tipos previstos na legislação esparsa (LACP, LAP, LMS etc.)?

Nesse ponto, mister frisar que há debate doutrinário acerca da própria terminologia do termo “ação coletiva”, se seria gênero ou espécie que se confundiria com a própria Ação Civil Pública em si.

De forma muito didática, Marcos de Araújo Cavalcanti, em artigo escrito para a *Revista Dialética de Direito Processual*, apontou posições doutrinárias sobre a discussão terminológica dos termos, de modo que se passa a transcrever:

Um dos assuntos mais tormentosos no que diz respeito aos processos coletivos é a polêmica em torno da terminologia adequada para denominar as demandas que visam compor litígios coletivos ou coletivizados. Há algum tempo, a doutrina discute a existência de diferenças teóricas e/ou práticas entre as chamadas “Ação Civil Pública” e “Ação Coletiva”, questionando se existe alguma utilidade na mencionada divisão terminológica.

6 DIDIER JR., Fredie; *et al. Op. cit.*, p. 75/76.

7 DIDIER JR., Fredie; *et al. Op. Cit.*, p. 77.

Em pesquisa doutrinária, foi possível identificar cinco correntes distintas sobre a questão:

a) a primeira defende que a expressão “ação coletiva” constitui-se em gênero que abrange todas as demandas que tenham por objeto a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para essa corrente, são espécies de ações coletivas: a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança coletivo, a Ação Popular, a Ação de Improbidade Administrativa, o Mandado de Injunção coletivo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental etc. Compartilham dessa posição os professores Sérgio Shimura e Pedro Lenza;

b) a segunda corrente entende que não é possível considerar a “Ação Coletiva” como um gênero do qual a “Ação Civil Pública” seja uma das espécies. De acordo com esse entendimento, as expressões mencionadas são sinônimas e não há qualquer utilidade prática na divisão terminológica. Em que pese a existência de sinonímia, essa doutrina prefere a utilização do termo “ação coletiva” em detrimento da expressão “ação civil pública”, porque a primeira revela o tipo de direito (o coletivo) que se pretende tutelar por meio da demanda. Integram essa corrente José Marcelo Menezes Vigliar e Ada Pellegrini Grinover;

c) a terceira posição doutrinária, embora também conclua que as referidas denominações são sinônimas e que não existe qualquer diferença, tampouco utilidade prática na divisão terminológica, prefere utilizar a expressão “ação civil pública”, por ser aquela empregada em vários textos legais e na Constituição da República, mostrando-se consolidada na jurisprudência e na doutrina especializada. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso e Pedro da Silva Dinamarco;

d) a quarta corrente entende existirem duas ações distintas, escolhendo por denominar “Ação Civil Pública” a demanda ajuizada pelo Ministério Público e “Ação Coletiva” aquela proposta pelos demais colegitimados. O critério de distinção proposto por essa corrente é puramente subjetivo, ou seja, considera a qualidade da parte legitimada para agir. Entre os que adotam essa posição, destaca-se Hugo Nigro Mazzilli;

e) a quinta e última corrente sustenta a existência de duas ações diferentes. Contudo, o enfoque é objetivo, visto que apenas avalia a natureza do bem tutelado (direitos difusos, coletivo ou individual homogê-

neo). De acordo com essa doutrina, a “Ação Civil Pública” atua em um campo mais abrangente do que aquele previsto para a “Ação Coletiva”, podendo ser utilizada, nos termos da Lei nº 7.347/1985, para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (esses últimos apenas quando houver relevância social). Já a “Ação Coletiva” somente pode ser utilizada para a defesa dos direitos individuais homogêneos, na forma do que estabelecem os arts. 91 a 100 do CDC, não sendo cabível para a defesa dos direitos difusos e coletivos. Fazem parte dessa corrente João Batista de Almeida, Cassio Scarpinella Bueno e Luiz Manoel Gomes Júnior.⁸

A partir dessa exposição, duas percepções surgem.

Em primeiro lugar, possível notar a intensa divergência de posicionamento da doutrina, tendo em vista ter sido possível concluir pela existência de cinco correntes diferentes, apenas no que tange à fixação terminológica do termo “ação coletiva”.

Em seguida, também é possível notar que a discussão terminológica se confunde, em certa medida, com a própria natureza jurídica da ação em si, especialmente se a Ação Civil Pública seria considerada uma Ação Coletiva genérica por excelência, ou se haveria espaço para outra Ação Coletiva, tida como autônoma, distinta da Ação Civil Pública.

Fato é que com esse debate terminológico a dúvida se mantém, qual seja: se seria possível considerar a existência de uma Ação Coletiva autônoma, genérica, atípica.

Acreditamos que aqui surgem duas possíveis respostas.

A primeira seria entender pela possibilidade de existência de uma Ação Coletiva autônoma/atípica.

Tal entendimento poderia estar fundado no princípio da tutela coletiva conhecido como princípio da não taxatividade.

Referido princípio, junto ao princípio da atipicidade da ação e do processo coletivo, intenta dar a amplitude e a efetividade possíveis à tu-

8 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A Questão Terminológica: “Ação Civil Pública” ou “Ação Coletiva”? *In: Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, nº 132, mar. 2014, p. 76/78.

tela coletiva, seja relacionado ao tipo de direito coletivo que se pretende proteger, seja relacionado ao tipo de demanda que será manejada para buscar tal proteção.

Nesse viés do princípio, entende-se que toda e qualquer ação é admitida para proteção de direitos e interesses coletivos, estando prevista no art. 83^o, do CDC.

Sendo o CDC um dos diplomas que compõem o microsistema de tutela coletiva, sua aplicação estaria alargada para outras searas, mesmo não sendo consumerista, e legitimaria, em nosso sentir, uma Ação Coletiva autônoma, mesmo que não seja prevista formalmente entre aquelas de outras leis esparsas.

Fato é que essa possibilidade poderia trazer alguns problemas como, por exemplo, o legitimado ativo da tutela coletiva valer-se dessa espécie de ação para burlar eventuais impedimentos previstos em outras normas, especialmente as vedações de manejo de Ação Civil Pública previstas no parágrafo único do art. 1^o da Lei nº 7.347/85, o que geraria certa insegurança jurídica.

Aqui, importante frisar que, apesar do debate em torno dos impedimentos previstos pela Lei de Ação Civil Pública, o fato é que o dispositivo se encontra em pleno vigor, não tendo sido revogado expressamente, nem mesmo tendo sido declarado inválido pelo Poder Judiciário, de modo que sua aplicação deve ser observada.

Em continuidade, como segunda resposta, de forma mais conservadora, seria crer pela impossibilidade de uma Ação Coletiva atípica, de modo que, na seara civil-administrativa, somente seria possível se utilizar dos instrumentos processuais coletivos já previstos, quais sejam, Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança coletivo, entre outros.

Essa ideia funda-se em um argumento mais formalista, de modo a limitar o tipo de ação entre aqueles procedimentos expressamente previstos.

Nesse sentido, poderia até mesmo se cogitar por acompanhar a posição doutrinária que entende que a Ação Civil Pública seria sinônimo

9 Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

da Ação Coletiva, de modo que seriam a ACP e seu regramento procedimental a Ação Coletiva por excelência em nosso ordenamento jurídico.

Acreditamos que o problema dessa hipótese seria limitar a proteção dos direitos coletivos, bem como da atuação do legitimado a defendê-los, mormente pelas proibições contidas na Lei da Ação Civil Pública, conforme demonstrado acima.

Apesar disso, entendemos que a posição mais correta a ser adotada, muito em conta da inexistência de codificação específica acerca do tema, seria pela impossibilidade de ajuizamento de Ação Coletiva atípica, de modo que, na seara civil-administrativa, somente seriam cabíveis ações coletivas entre aquelas nominadas nas leis esparsas.

Com essa posição, acredita-se que o princípio da segurança jurídica é resguardado, de modo que o procedimento e peculiaridades de uma Ação Coletiva típica (ACP, AP, MS etc.) são observados e antevistos pelas partes, tendo a Ação Civil Pública como o tipo de Ação Coletiva que regularia os casos genéricos de tutela coletiva, quando não observados os procedimentos especiais coletivos como Ação Popular, Mandado de Segurança coletivo, Ação de Improbidade Administrativa etc.

5. DO TIPO DE AÇÃO COLETIVA AJUIZADA. DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. AJUIZAMENTO DO MANDAMUS EM MOMENTO ANTERIOR À SUA REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA

Tendo como parâmetro a impossibilidade de se atribuir a uma Ação Coletiva a característica atípica, cumpre trazer à tona qual seria a natureza jurídica da Ação Coletiva nº 0002370-51.2004.8.26.0053, pelo que se faz necessário analisar sua substância.

Importante mencionar que se tratava de uma ação ajuizada por sindicato, que tinha como objetivo a defesa da categoria no que toca ao desconto de contribuição previdenciária de suas aposentadorias. Alegava que a contribuição previdenciária estaria sendo descontada indevidamente, de modo que requeria a suspensão dos descontos, bem como pagamento retroativo.

Nota-se que a demanda tem claros contornos coletivos, na perspectiva que defende indistintamente uma coletividade (categoria submetida ao sindicato) em face de um litígio ocorrido em face do estado de São Paulo e do

antigo Instituto de Previdência do Estado de São Paulo (Ipesp), bem como por ser movida por um legitimado coletivo, o sindicato.

A partir disso, e desconsiderando o nome “Ação Ordinária” conferido à demanda, insta buscar entre as espécies de ações coletivas existentes aquela que se encaixaria nos objetivos da demanda, com compatibilidade de assunto e legitimação para promovê-la.

Devido ao caráter administrativo da demanda, acredita-se que as demandas mais consentâneas ao objetivo postulado pelo sindicato seriam a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Mandado de Segurança coletivo (Lei nº 12.016/09).

Ocorre que surge o primeiro problema, tendo em vista que a ação tinha como mote questões tributárias (suspensão e restituição de contribuição previdenciária indevidamente descontada), de modo que incidiria aqui a proibição contida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85, pelo que não seria cabível o ajuizamento de Ação Civil Pública acerca do tema.

Sobraria-nos, portanto, o Mandado de Segurança coletivo.

Mister aqui lembrar que o Mandado de Segurança coletivo somente veio a ser previsto, formalmente, com a Constituição Federal de 1988¹⁰, de modo que sua regulamentação demorou mais de 20 anos para ocorrer, por meio da Lei nº 12.016/09.

Ademais, também curial apontar que se trata de ação com contornos nitidamente constitucionais, para tutela de direito líquido e certo, e, na ótica coletiva, o *writ* tem “por finalidade a proteção de um direito

10 Somente na Carta Republicana de 1988 é que se incluiu a previsão expressa de um “mandado de segurança coletivo”. Desde então, o mandado de segurança vem sendo visto como um gênero, do qual o mandado de segurança individual e o mandado de segurança coletivo são espécies. Por outro lado, podemos dizer que o mandado de segurança *coletivo*, ao lado da ação civil pública (que, para nós, é gênero que inclui a ação de improbidade administrativa) e da ação popular, é uma espécie do gênero Ação Coletiva, pois, assim como aqueles instrumentos processuais, não se destina à tutela tradicional de direitos subjetivos individuais, mas sim à tutela coletiva de direitos. (ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado* – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Livro digital.)

transindividual”¹¹ em contraposição ao Mandado de Segurança genérico, movido individualmente.

No entanto, mais um problema surge: a Ação Coletiva que se está analisando foi ajuizada no ano de 2004 e a lei regulamentadora do Mandado de Segurança coletivo somente foi editada em 2009 (Lei nº 12.016/09). Daí poderia surgir a dúvida se seria possível qualificar uma demanda como Mandado de Segurança coletivo antes mesmo de sua regulamentação vir a ser efetivada por lei.

Acredita-se que seria possível considerar uma demanda como Mandado de Segurança coletivo mesmo antes de sua regulamentação por norma infraconstitucional. Isso se deve a alguns argumentos específicos.

Primeiro, necessário ter presente que se trata de uma ação constitucional, prevista no art. 5º, LXX, da CRFB/88, qualificando-se, portanto, como uma garantia fundamental.

Partindo desse pressuposto, importante termos em mente a característica da aplicação imediata dos direitos fundamentais prevista no art. 5º, § 1º, da Constituição.

Apesar de haver possíveis vozes no sentido de que a norma que prevê o Mandado de Segurança coletivo demandaria regulamentação para ter aplicabilidade plena, diante de uma possível baixa densidade normativa, acredita-se crucial levar em consideração importante posição de Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Gilmar Mendes e Paulo Branco, que considera o “art. 5º, § 1º, da Constituição Federal uma norma-princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”¹².

Somando-se a essa posição, também de grande importância o princípio interpretativo constitucional conhecido como princípio da máxima efetividade, que, segundo Canotilho, citado novamente por Gilmar

11 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo** – 13. ed., totalmente reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 515.

12 MENDES; Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015 – (Série IDP), p. 155.

Mendes e Paulo Branco, informa que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”¹³.

Nesse ponto, acredita-se que a interpretação que confira o maior alcance e efetividade da constituição seria a de possibilitar o ajuizamento do Mandado de Segurança coletivo mesmo antes de sua específica regulamentação.

Por uma ótica material, possibilitaria defesa de direitos fundamentais coletivos por parte dos legitimados ativos, mesmo antes da regulamentação infraconstitucional do instituto.

Ainda, por uma ótica formal, poderia se pleitear a aplicação das normas que regiam o procedimento do Mandado de Segurança individual, que era regulamentado, até então, pela Lei nº 1.533/51, enquanto não houvesse a regulamentação do *writ* coletivo.

Logo, por meio dessa interpretação de máxima efetividade constitucional e diante da impossibilidade de considerar a Ação Coletiva ajuizada pelo sindicato como uma Ação Civil Pública, acredita-se que o mais correto seria considerá-la como um Mandado de Segurança coletivo.

CONCLUSÃO

Partindo-se da análise do caso prático posto em discussão e conjugando-se ao estudo doutrinário, possível notar que o tema levantado a debate não é de todo pacífico, principalmente se considerada sua singularidade.

No entanto, acredita-se que, diante do estudo do microssistema de tutela coletiva, o mais correto seria considerar pela impossibilidade de ajuizamento de uma Ação Coletiva atípica, em razão da forte insegurança jurídica que poderia advir desse posicionamento, mormente sobre a busca de qual norma iria reger o procedimento.

Levando isso em consideração, entende-se que as ações coletivas dispostas na legislação de maneira típica é que devem ser levadas em conta, de maneira a definir a natureza de uma Ação Coletiva ajuizada por um legitimado ativo.

13 MENDES, Gilmar Ferreira; *et al.* *Op. cit.*, p. 95/96.

Ainda, a Ação Civil Pública e seu procedimento seriam tidos como a Ação Coletiva por excelência em nosso sistema jurídico.

Somada essa conclusão, com a característica específica do caso trazido a lume, entende-se que seria possível considerar a Ação Coletiva em debate como um Mandado de Segurança coletivo, mesmo antes de ocorrida sua regulamentação, com uma interpretação que busca a máxima efetividade constitucional e a aplicação imediata das normas de direitos e garantias fundamentais.

Inobstante o concluído, certo é que a existência de uma codificação específica direcionada às demandas coletivas ajudaria, em muito, na solução de problemas procedimentais que surgem na prática diária. No entanto, trata-se de temática complexa e cabível para estudos futuros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo** – 14. ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo** – 13. ed., totalmente reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **A Questão Terminológica: “Ação Civil Pública” ou “Ação Coletiva”?** - *In: Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, no 132, mar. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015 – (Série IDP).

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único – 8. ed. – Salvador: Juspodivm, 2016.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado** – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

A PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO E A TUTELA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Vinicius José Alves Avanza¹

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. O panorama da tutela dos direitos do consumidor. 2.1. O novo cenário constitucional brasileiro e a tutela do consumidor. 2.2. A função das instituições na defesa e na proteção dos direitos do consumidor. 2.3. A função institucional da Procuradoria do Estado. 2.4. A tutela do consumidor e a atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Procuradoria do Estado. 2.5. A Procuradoria do Estado de São Paulo e a Fundação Procon. 2.5.1. Na participação nos processos administrativos sancionatórios. 2.5.2. Na defesa das ações anulatórias. 2.5.3. Nas ações coletivas. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO A Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo passou por adaptações históricas que ampliaram a órbita de atuação tradicional dos órgãos de advocacia pública, passando a abranger também a tutela coletiva dos direitos do consumidor na via judicial. Os direitos fundamentais comportam diversas órbitas de proteção e, dentro desse universo jurídico de competências, torna-se imprescindível identificar quais órgãos ou instituições atuam para a efetivação e a devida proteção de tais valores. Os direitos dos consumidores, por opção constitucional, foram inseridos no rol dos direitos fundamentais e, assim, são merecedores de proteção especial. Os órgãos de advocacia pública, embora não tenham sido originariamente desenhados para a proteção dos direitos do consumidor, tiveram que desenvolver a *expertise* necessária, em razão das escolhas políticas adotadas pelos gestores dos entes públicos. A tutela dos direitos dos consumidores por órgãos de advocacia pública não reduz ou altera a órbita de proteção promovida pelas demais carreiras jurídicas, pelo contrário, a amplifica, tal como verificado nas atuações concretas em que o Estado de São Paulo e a Fundação Procon intervieram no mercado de

1 Procurador do Estado de São Paulo. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

consumo e, por intermédio do Poder Judiciário, obtiveram proveito prático relevante para a sociedade paulista. Além da atividade judicial, no âmbito interno, verifica-se também a atividade exercida pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça do Estado de São Paulo, que proporciona à Fundação Procon as respostas adequadas para permitir a atuação administrativa no mercado consumidor, bem como a atuação da Assessoria Jurídica da Fundação Procon nos processos sancionatórios, fato que promove maior segurança jurídica e previsibilidade na aplicação de sanções.

Palavras-chave: direitos do consumidor; advocacia pública; Procuradoria-Geral do Estado; Procon; ação civil pública; direitos coletivos.

ABSTRACT The Attorney General's Office of the State of São Paulo has undergone historical adaptations that have expanded the traditional working stake of public law agencies, also covering the collective protection of consumer rights in the judicial process. Fundamental rights involve several protective orbits and, within this legal universe of competences, it is essential to identify which organs or institutions act for the realization and appropriate protection of such values. Consumer rights, by constitutional option, have been included in the list of fundamental rights and are thus deserving of special protection. Public law agencies, although not originally designed for the protection of consumer rights, had to develop the necessary expertise, due to the political choices adopted by the managers of public entities. The protection of consumer rights by public law agencies does not reduce or alter the orbit of protection promoted by other legal careers, on the contrary, amplifies it, as verified in the concrete actions in which the State of São Paulo and the Procon Foundation intervened in the consumer market and, through the Judiciary, obtained practical benefit relevant to São Paulo society. In addition to the judicial activity, internally, there is also the activity carried out by the Legal Consultancy of the Secretariat of Justice of the State of São Paulo, which provides the Procon Foundation with the appropriate answers to allow administrative action in the consumer market, as well as the performance of the Legal Advisory Office of the Procon Foundation in the sanctioning processes, a fact that promotes greater legal certainty and predictability in the application of sanctions.

Keywords: consumer rights; public advocacy; State Attorney General's Office; Procon; public civil action; collective rights.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a abordar a atuação da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo na tutela dos direitos do consumidor.

Para alcançar tal finalidade, é necessário verificar a evolução do direito do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, identificando quais as entidades que desempenham a sua tutela e como a referida proteção é feita.

No primeiro momento, estudaremos como o Direito Constitucional albergou a proteção dos direitos fundamentais, em especial a tutela dos direitos do consumidor.

Em seguida, identificaremos os órgãos de maior protagonismo na defesa e na tutela dos direitos do consumidor, bem como avaliaremos se a atuação da Procuradoria, ainda que subjacente ao órgão ou à entidade representada, pode auxiliar direta ou indiretamente na implementação dos direitos.

Por fim, daremos destaque à forma de atuação da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo junto à Fundação Procon, com ênfase nas causas de natureza coletiva e nos principais casos abordados pela instituição, bem como, de forma sucinta, a estratégia adotada.

2. O PANORAMA DA TUTELA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Os direitos do consumidor nem sempre foram tratados como normas dignas do interesse estatal.

O modelo de estado liberal, predecessor do estado social, não fazia distinção entre um contrato celebrado entre indivíduos, afinal todos eram juridicamente iguais. O contrato, em si, era o foco, e a receita para alcançar tal liberdade se encontrava no absentismo estatal.

A fórmula, contudo, desencadeou na dissociação entre a economia e o direito², fato que, mais tarde, se revelaria uma escolha problemática.

O período liberal foi marcado pela concentração de renda e pelo aumento da desigualdade social, culminando com clamores das parcelas

2 MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, p. 75, 1973.

populacionais não favorecidas. As reivindicações eram impulsionadas por interesses trabalhistas, previdenciários e sociais.

Em meio a esse novo contexto, o consumidor passa a ser enxergado como uma parte vulnerável, principalmente se comparado aos novos conglomerados empresariais, fabris e comerciais.

O reconhecimento da vulnerabilidade, assim, retomou a atenção dos estados para os contratos, obrigando os entes públicos a atuarem de forma positiva para o reconhecimento e a efetivação dos direitos do consumidor.

2.1. O novo cenário constitucional brasileiro e a tutela do consumidor

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a estrutura jurídica brasileira experimentou uma profunda revolução jurídica e filosófica³. A lei, como instrumento formal que protagonizava o ordenamento jurídico, teve sua validade condicionada aos valores e postulados consignados na Magna Carta.

As normas, que até então coincidiam quase exclusivamente com o conceito de meras regras, passam a abranger também os princípios. Os princípios ganham normatividade e supremacia sobre todo o ordenamento ordinário. Toda a ordem jurídica passa a ser interpretada à luz da Constituição⁴.

Vários direitos foram alçados à esfera constitucional e a proteção aos direitos fundamentais não mais se limitariam ao plano negativo da abstenção estatal. Passa-se a se exigir uma atuação positiva do estado para implementar e executar os valores consignados na Constituição Federal.

O direito do consumidor, segmento jurídico antes restrito ao direito contratual privado e dispositivo, dá lugar às normas de direito público, representadas no Código de Defesa do Consumidor, bem como nos demais diplomas legislativos cogentes. O legislador constituinte ou-

3 BARROSO, Luis Roberto. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v.4, n. 15, p. 12, 2001.

4 BARROSO, Luis Roberto. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 32, 2001.

torga expressamente ao direito do consumidor o *status* de um legítimo direito fundamental.

O Código de Defesa do Consumidor faz alusão expressa à necessidade de intervenção estatal⁵ nas relações de consumo. Tal intervenção não é limitada à seara da Administração Pública. Os poderes legislativo e judiciário, bem como o Ministério Público, também foram encarregados de tutelar ativamente os direitos do consumidor.

Dentro desse novo paradigma constitucional, bem como de uma demanda positiva de atuação estatal para a proteção dos direitos fundamentais, exsurge a necessidade da participação da Procuradoria do Estado, bem como das demais instituições de direito público, na tutela dos direitos do consumidor.

2.2. A função das instituições na defesa e na proteção dos direitos do consumidor

A atuação de todas as instituições republicanas deve se dar em plena consonância com os ditames traçados na ordem jurídica.

Embora as instituições sejam moldadas com peculiaridades que propiciam a consecução de uma determinada finalidade própria, por vezes o Poder Constituinte e o Poder Legislativo impõem múltipla esfera protetiva, ou seja, elencam mais de um órgão ou entidade para cuidar de determinado interesse.

Via de regra, o âmbito de abrangência funcional de uma instituição não coincide ou se sobrepõe ao de outra. Contudo, quando o legislador tratou dos direitos fundamentais, houve por bem designar vários mecanismos institucionais distintos para efetivar de forma positiva a proteção prometida pela Constituição Federal.

5 Art. 4º - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

O direito do consumidor, como legítimo direito fundamental, também se demonstrou digno dessa múltipla órbita de proteção. A título de exemplo, destaca-se que estão habilitados a tutelar os direitos do consumidor: a) a União; b) os estados-membros federados; c) os municípios; d) órgãos e entidades inerentes à administração indireta dos entes federados; e) o Ministério Público; e f) a Defensoria Pública.

Na ordem privada, o legislador, além de incentivar a criação das associações representativas, facultou às referidas entidades, atendidas as exigências legais, o poder de defender, em nome próprio, direitos coletivos relacionados ao consumo.

Os órgãos de advocacia pública, contudo, embora não sejam expressamente mencionados como defensores dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, dos direitos do consumidor, exercem, ainda que nos bastidores, uma concreta e efetiva participação na proteção e na defesa do mercado de consumo, com vistas ao amparo do consumidor, considerando que essa parte importante da relação é tida pela legislação como presumidamente vulnerável.

Para elidir as dúvidas sobre as formas e os meios utilizados para a proteção dos consumidores e de um mercado de consumo saudável e sustentável, devemos analisar o papel de cada uma das instituições.

2.3. A função institucional da Procuradoria do Estado

A Constituição Federal incumbiu aos órgãos de advocacia pública a representação judicial e extrajudicial dos entes federativos, bem como a função de assessorar e prestar consultoria aos respectivos poderes executivos. A previsão, posto se refira à esfera federal, se aplica, por simetria, aos estados, aos municípios e ao Distrito Federal.

O Texto Constitucional atribuiu à advocacia pública uma posição de destaque ao lado da advocacia privada, do Ministério Público e da Defensoria Pública, alocando-as no rol do capítulo IV, ora denominado como *funções essenciais à justiça*.

O desenho constitucional da advocacia pública volta-se exclusivamente à condição de órgão de representação jurídica do ente federativo e das demais pessoas jurídicas de direito público, hipótese que validaria a ideia de que as procuradorias do estado foram concebidas para per-

seguir precipuamente o interesse público secundário e instrumental⁶ da Administração Pública.

A referência às diferentes espécies de interesse público primário e secundário remetem à lógica bipartida proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) é imprescindível ponderar, também, a distinção entre interesse público primário e secundário. Esse é meramente o interesse patrimonial da administração pública, que deve ser tutelado, mas não sobrepujando o interesse público primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social. (MELLO, 2012, p. 66)

A Lei federal nº 8.906/94⁷ (Estatuto da OAB) e a Lei Complementar estadual nº 1.270/15 (Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo)⁸, bem como as diversas leis que regulam

6 No mesmo sentido: a) artigo 98 da Constituição do Estado de São Paulo e artigo 2º da Lei Orgânica da PGE/SP; b) artigo 176 e parágrafos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e artigo 2º da Lei Orgânica da PGE/RJ; c) artigo 122 da Constituição do Estado do Espírito Santo e artigo 2º da Lei Orgânica da PGE/ES; d) artigo 128 da Constituição do Estado de Minas Gerais; e) artigo 140 da Constituição do Estado da Bahia; f) artigo 124 da Constituição do Estado do Paraná; g) artigo 103 da Constituição do Estado de Santa Catarina; h) artigo 115 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; i) artigo 112 da Constituição do Estado do Mato Grosso; j) artigo 144 da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul; k) artigo 118 da Constituição do Estado de Goiás; l) artigo 150 da Constituição do Estado do Ceará; m) artigo 95 da Constituição do Estado do Amazonas; n) artigo 187 da Constituição do Estado do Pará; o) artigo 72 da Constituição do Estado de Pernambuco; p) artigo 150 da Constituição do Estado do Piauí; q) artigo 152 da Constituição do Estado de Alagoas; r) artigo 86 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte; s) artigo 103 da Constituição do Estado do Maranhão; t) artigo 153 da Constituição do Estado do Amapá; u) artigo 104 da Constituição do Estado de Rondônia; v) artigo 101 da Constituição do Estado de Roraima; w) artigo 119 da Constituição do Estado do Acre; x) artigo 120 da Constituição do Estado de Sergipe; artigo 133 da Constituição do Estado da Paraíba; y) artigo 51 da Constituição do Estado do Tocantins e; z) artigo 111 da Lei Orgânica do Distrito Federal.

7 Art. 3º - O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

§ 1º - Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

8 Art. 3º - São atribuições da Procuradoria-Geral do Estado, sem prejuízo de outras que lhe forem outorgadas por normais constitucionais e legais:

I - representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas;

II - exercer, com exclusividade, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e das entidades autárquicas a que se refere o inciso I deste artigo;

(...)

a advocacia pública pelo país,⁹ parecem corroborar o compromisso dos órgãos da advocacia pública com a representação exclusiva dos entes federativos e das demais pessoas jurídicas de direito público envolvidas na referida esfera.

As atribuições funcionais dos órgãos de advocacia pública também encontram-se destacadas no artigo 182 do Código de Processo Civil, dispositivo que imbuí às procuradorias a função de tutelar a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios.

Percebe-se, dessa feita, que as atribuições funcionais das procuradorias se voltam tão somente à representação e ao assessoramento jurídico das pessoas jurídicas de direito público, não havendo, em princípio, qualquer vinculação com a atuação específica na seara consumerista.

2.4. A tutela do consumidor e a atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Procuradoria do Estado

A tutela dos direitos do consumidor pode ser implementada de forma coletiva ou individual. A forma de abordagem bipartida propicia melhor compreensão da dinâmica de incentivos que o Poder Constituinte quis atribuir a cada uma das instituições.

O Ministério Público, órgão que, nos termos do artigo 127 da Constituição Federal, é responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, atua com maior protagonismo na defesa dos direitos do consumidor.

A atividade do Ministério Público, contudo, volta-se à tutela dos direitos do consumidor sob a ótica coletiva, pouco importando se a natureza dos direitos representados ostenta a condição de difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos. A atuação judicial para a tutela de interesses coletivos, por parte do Ministério Público, pressupõe

9 Lei Orgânica do Município de São Paulo - Art. 87. “A Procuradoria-Geral do Município tem caráter permanente, competindo-se as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, e, privativamente, a representação judicial do município a inscrição e a cobrança judicial e extrajudicial da dívida ativa e o processamento dos procedimentos relativos ao patrimônio imóvel do município, sem prejuízo de outras atribuições compatíveis com a natureza de suas funções.”

tão somente a indisponibilidade do direito tutelado ou a disponibilidade do interesse atrelada a um contexto relacionado ao interesse social¹⁰.

O ordenamento jurídico faculta ao Ministério Público a adoção de mecanismos judiciais, extrajudiciais e, entre outras ferramentas, a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para a tutela dos interesses do consumidor, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Ademais, nos casos mais extremos, competirá ao Ministério Público, titular da ação penal, apresentar a denúncia em razão da prática de crime.

No direito do consumidor, portanto, a atuação do Ministério Público é concentrada na tutela coletiva e criminal.

À Defensoria Pública, por outro lado, instituição originariamente desenhada para a defesa *integral* e gratuita dos necessitados, também foi incumbida a função de exercer a tutela dos direitos individuais e coletivos, conforme se depreende do artigo 134 da Constituição Federal.

Trata-se de um órgão relativamente recente que ainda não se encontra completamente estabelecido em todos os estados brasileiros¹¹. No estado de São Paulo, a Defensoria Pública foi criada no dia 9 de janeiro de 2006, pela Lei Complementar estadual nº 988/06, mas a instituição ainda não está suficientemente estruturada, razão pela qual mantém um convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil para a prestação de serviços de assistência judiciária e jurídica aos necessitados.

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a disseminação da informação e a criação dos juizados especiais, as demandas individuais relacionadas a aspectos e direitos de consumo cresceram significativamente, de modo que a litigiosidade, ao menos sob a ótica individual, teve que ser absorvida pelas estruturas da Defensoria Pública e dos convênios com a OAB.

No tocante à tutela de direitos individuais relativos ao direito do consumidor no estado de São Paulo, portanto, revela-se essencial e im-

10 Esse é o entendimento extraído do REsp 929.792/SP, relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, d.j. 18/2/2016.

11 Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada. **Mapa da defensoria pública no Brasil: criada em todo o país, mas ainda não instalada em quatro estados**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnosestados>>. Acesso em 20 jun. 2020.

prescindível a defesa feita pelos membros da Defensoria Pública e pelos advogados conveniados.

Vale destacar que, apesar de, atualmente, haver clara dissociação entre as funções exercidas pela Defensoria Pública e pela Procuradoria do Estado, a realidade do estado de São Paulo já foi significativamente diferente.

Antes da criação da Defensoria Pública, a Procuradoria do Estado, por intermédio da Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), prestava o serviço de assistência judiciária gratuita aos cidadãos.

Com advento da Lei Complementar estadual nº 988/06 e, consequentemente, com a criação da Defensoria Pública, seguindo a diretriz estabelecida na Constituição Federal, a Procuradoria do Estado se afastou da representação jurídica dos necessitados.

Conforme demonstrado, a tarefa da Defensoria Pública parece estar centrada, ao menos em quantidade, na defesa de direitos individuais dos necessitados, entre os quais o direito do consumidor. Apesar de o foco se estabelecer nas demandas individuais, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor possibilitaram que a referida instituição promova também ações coletivas.

Embora a discussão acerca da abrangência da tutela coletiva da atuação da Defensoria Pública, por meio do uso da ação civil pública, já tenha sido objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal na ADI 3.943/DF¹², prevaleceu o entendimento de que o referido órgão, dada a máxima efetividade das normas constitucionais e a força normativa da Constituição Federal, teria, com base na Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), legitimidade para propor ação de natureza coletiva e, por consequência, poderia tutelar direitos transindividuais.

12 Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, inc. II, da Lei nº 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da Lei nº 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos *strito sensu* e difusos) e individuais homogêneos. Defensoria pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à justiça. Necessitado: definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: art. 5º, incs. XXXV, LXXIV, LXXVIII, da Constituição da República. Inexistência de norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública. Ausência de prejuízo institucional do Ministério Público pelo reconhecimento da legitimidade da defensoria pública. Ação julgada improcedente.

A legitimidade processual para a tutela dos direitos do consumidor, por parte da Defensoria Pública, também pode ser extraída tacitamente do próprio Código de Defesa do Consumidor¹³.

Diferentemente do que ocorre com as demais funções essenciais à justiça, os órgãos de advocacia pública não são órgãos investidos para, em nome próprio, exercer a função de tutelar direitos difusos e coletivos relativos aos consumidores.

A Constituição Federal, bem como a lei formal, atribui diretamente aos entes políticos a função de tutelar os direitos coletivos, deixando a participação das procuradorias limitada ao aspecto instrumental/secundário.

A realidade, contudo, demonstra que, no âmbito judicial, em aspectos coletivos, a posição dos entes políticos e, por consequência, das procuradorias, é quase sempre passiva.

A preponderância da atuação dos entes políticos como réus nas ações judiciais é, em certa medida, coerente, vez que tais entidades são dotadas do poder/dever de agir de ofício. Assim, caso os entes políticos queiram atuar para a promoção ou alteração de aspectos relativos a direitos coletivos, essa atuação se dará no plano administrativo, de ofício e sem a necessidade de intermediação da autoridade judiciária.

A via judicial é, no tocante aos direitos coletivos, uma ferramenta de correção das políticas efetivamente implementadas, daquelas que não foram efetivadas e também daquelas que foram mal-instituídas, seja por conveniência política, por escassez de recursos ou mesmo por desídia ou desatenção do Poder Público.

Mesmo atuando nos bastidores e sempre de forma subjacente ao ente político representado, a realidade, ao menos da advocacia pública inerente ao estado de São Paulo, demonstra-se substancialmente diferente.

Diversas opções institucionais adotadas pelo estado de São Paulo possibilitaram a atuação da Procuradoria do Estado no âmbito de ou-

13 Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

[...]

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

tras entidades que buscam, de forma ativa e, em grande parte das vezes, como autores das demandas processuais, a implementação e a efetivação de direitos coletivos.

Entre as iniciativas estaduais que visaram a proporcionar a tutela jurisdicional de direitos coletivos, destaca-se a criação e manutenção da Fundação Procon, entidade integrante da administração pública indireta com atribuições legalmente previstas para atuar judicial e extrajudicialmente no tocante a aspectos ligados ao direito do consumidor.

Sem prejuízo da abordagem extrajudicial feita pelo corpo de procuradores integrantes da consultoria jurídica da Secretaria da Justiça, a Fundação Procon, dotada de autonomia patrimonial, administrativa e financeira, também busca judicialmente, demonstrando uma postura ativa e desvinculada de interesses políticos, a implementação dos direitos coletivos do consumidor. O acompanhamento das ações judiciais relacionadas a aspectos consumeristas é feito pela Assessoria Jurídica da Fundação Procon, órgão composto por procuradores do Estado de São Paulo.

Cria-se, assim, o paradigma do ajuizamento de ações coletivas em que a postura preponderantemente passiva do estado de São Paulo cede espaço à atuação ativa e interventiva da Fundação Procon.

2.5. A Procuradoria do Estado de São Paulo e a Fundação Procon

Entre as opções políticas adotadas pelo estado de São Paulo para uma atuação judicial ativa na busca por direitos transindividuais, para efeitos do presente artigo, destaca-se a Lei estadual nº 9.192/95, que criou a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-SP), pessoa jurídica de direito público, constituída sob a forma de uma autarquia fundacional e vinculada à Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo.

O legislador destacou expressamente, no rol de atribuições da fundação, o dever de *promover as medidas judiciais cabíveis, na defesa e proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos dos consumidores.*

Para o desempenho da referida função, tornou-se necessária a constituição de um corpo jurídico e, para tanto, por meio de vínculo jurídico¹⁴ com a Procuradoria-Geral do Estado, passaria a atuar de forma especializada e desvinculada dos interesses diretos do ente político.

Há, portanto, uma separação entre os vínculos, tendo em vista que os procuradores do Estado integrantes da Assessoria Jurídica, a um só tempo, são hierarquicamente subordinados à Procuradoria do Estado (vínculo hierárquico) e respondem às diretrizes técnicas da Fundação Procon (vínculo funcional).

A separação dos vínculos revela-se necessária para efetivar a autonomia da Fundação Procon na defesa dos seus fins estatutários, bem como para implementar, com razoável margem de independência, a política estadual de proteção e defesa do consumidor.

Munida das ferramentas necessárias, cabe investigar, na prática, como se dá a atuação da Assessoria Jurídica da Fundação Procon.

2.5.1. Na participação nos processos administrativos sancionatórios

Apesar da possibilidade do ajuizamento de ações que tenham por escopo o estabelecimento e efetivação da política estadual de proteção e defesa do consumidor, a maior parte da atuação da Fundação Procon ocorre fora do âmbito dos tribunais.

A Fundação Procon, como entidade integrante da Administração Pública indireta, tem o dever de agir de ofício e, assim, apurar as irregularidades e infrações praticadas pelo mercado.

A possibilidade/dever de agir de ofício, contudo, não afasta o direito dos cidadãos de provocar a instituição, trazendo a ela as reclamações e denúncias acerca das irregularidades experimentadas na vida particular.

Assim, seja de ofício ou por provocação, a Fundação Procon coleta os dados necessários para a elaboração de um juízo valorativo acerca

14 Vários foram os instrumentos que cuidaram da participação de procuradores do estado no âmbito da Fundação Procon. Merece destaque o vínculo mais recente consubstanciado na Portaria SUBG/CONT - 5, de 10 de agosto de 2016.

das condutas praticadas pelos fornecedores, podendo, ao final, culminar com a aplicação das penalidades previstas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor.

A multa é a espécie de penalidade mais adotada pela Fundação Procon. A instituição se utiliza da referida espécie de reprimenda para, por meio da coerção indireta, persuadir os fornecedores ao cumprimento da lei e ao respeito com o consumidor.

A teor do que dispõe o artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, revela-se também possível a aplicação de outras sanções mais gravosas.

Em todo processo sancionatório, contudo, seja para a aplicação de multa ou outra sanção prevista em lei, é necessária a observância do devido processo legal. O rito procedimental para a apuração de ilícitos é disciplinado pela Portaria Procon nº 45/2015.

No procedimento sancionatório, a participação da Assessoria Jurídica da Fundação Procon ocorre por meio da emissão de manifestações, tanto na fase de instrução quanto na fase recursal¹⁵, se essa vier a ocorrer. A manifestação dos procuradores, referendando ou rechaçando a manifestação técnica e as demais diligências preparatórias, é condição imprescindível para o processo ser alçado à instância decisória definitiva.

A Portaria Procon nº 45/2015 não expressa com exatidão qual a natureza jurídica da manifestação da Procuradoria do Estado nos processos sancionatórios. A prática, contudo, contando com alguns prece-

15 Portaria 45/2015:

Art. 11. Compete à Diretoria Adjunta de Programas Especiais-DPE proferir decisões de mérito, em primeiro grau.

Parágrafo único: Antes de ser proferida a decisão de mérito pela Diretoria Adjunta de Programas Especiais-DPE, será ouvida a Assessoria Jurídica, após Manifestação Técnica elaborada pelos Técnicos ou Especialistas de Proteção e Defesa do Consumidor designados para desenvolver referido trabalho.

Art. 13. Da decisão proferida pela Diretoria Adjunta de Programas Especiais-DPE caberá o pagamento da multa imposta ou recurso à Diretoria Executiva-DEX, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da publicação da decisão, nos termos dos arts. 39, 40 e 63, VIII da Lei estadual nº 10.177/98.

§ 1º O recurso será recebido no efeito suspensivo, exceto quando se tratar de aplicação de medidas cautelares.

§ 2º Antes de ser proferida a decisão de segundo grau pela Diretoria Executiva-DEX, será ouvida a Assessoria Jurídica, após Manifestação Técnica elaborada pelos Técnicos ou Especialistas de Proteção e Defesa do Consumidor designados para desenvolver referido trabalho.

dentes precários nesse sentido, tem atribuído à manifestação da Assessoria Jurídica a natureza de *aprovação*¹⁶, ou seja, um ato administrativo de controle que compreende a análise formal e material da conduta da pretensão punitiva da Fundação Procon.

Assim, verifica-se que a oitiva da Assessoria Jurídica é condição de validade de todo o procedimento sancionatório instaurado pela Fundação Procon.

2.5.2. Na defesa das ações anulatórias

Transposta a fase administrativa, caso o fornecedor, insatisfeito com eventual manutenção da penalidade administrativa, ingresse com demanda judicial visando à reforma/anulação da decisão proferida pela Fundação Procon, caberá à Assessoria Jurídica da Fundação Procon a elaboração de defesa nas referidas ações anulatórias.

As defesas judiciais feitas em ações anulatórias compreendem a maior parte das demandas acometidas à Assessoria Jurídica da Fundação Procon.

Em um levantamento feito na base de dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, detectou-se que a Fundação Procon figura no polo passivo de 2.593 (duas mil, quinhentas e noventa e três) ações judiciais. Tais ações variam tanto em temas quanto em complexidade.

Ultrapassadas as etapas administrativas e judiciais, caso o crédito decorrente da multa persista, restará ao sujeito passivo da penalidade o pagamento ou, caso assim não proceda, suportar uma execução forçada dos créditos.

Embora a execução dos créditos seja feita também pela Procuradoria do Estado, tal tarefa não se encontra no rol de atribuições dos procuradores que integram a Assessoria Jurídica da Fundação Procon.

2.5.3. Nas ações coletivas

A condução das ações coletivas propostas pela Fundação Procon traduz a relação mais íntima entre as atribuições da Procuradoria do Es-

16 Ação nº 5004645-93.2020.4.03.6100, 4ª Vara Cível da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, subseção da capital.

tado e a tutela jurisdicional do interesse público primário relacionado ao direito do consumidor. Não se trata, contudo, de tarefa simples, devendo ser reservada a hipóteses excepcionais em que a atividade administrativa não é suficiente para restabelecer o estado de legalidade.

A Fundação Procon, via de regra, não adota uma política de judicialização de demandas, pois possui o instrumental jurídico e material para, de ofício, intervir diretamente na esfera jurídica do particular, aplicando sanções, expedindo recomendações e normas que regulam padrões de conduta.

Dentro da conjuntura exposta, a opção pela via judicial se reserva a apenas duas hipóteses, quais sejam: a) quando o exercício da atividade fiscalizatória/corretiva extrajudicial não se revelar adequado para sanar o problema detectado de forma ampla; e b) quando a providência necessária para sanar a violação aos direitos do consumidor extrapolar os limites da atuação administrativa, atingindo concretamente a liberdade/propriedade de terceiros.

Por meio da tutela coletiva, a Fundação Procon consegue atingir, perante toda a circunscrição territorial do estado de São Paulo, o seu escopo precípua, que é a regulação do mercado de forma a preservar os direitos do consumidor.

A excepcionalidade do ajuizamento de ações coletivas se traduz nos números. Em consulta à base de dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verificou-se que o Procon ajuizou, ao todo, 21 (vinte e uma) ações coletivas.

As ações coletivas ajuizadas impactaram significativamente os costumes e práticas comerciais no estado de São Paulo.

O Procon, em 1994, ainda uma coordenadoria integrante da estrutura da Secretaria da Justiça, ingressou com uma ação civil pública¹⁷ contra as pessoas jurídicas fornecedoras de serviços imobiliários. A referida ação tinha por escopo impedir a cobrança de taxas de intermediação de negócios que recaiam sobre o consumidor locatário. Após o trânsito em julgado, as cobranças de despesas de intermediação foram declaradas abusivas.

17 Ação Civil Pública nº 0402529-75.1994.8.26.0053, 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital, Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

Em 1996, o Procon ingressou com ação coletiva¹⁸, em litisconsórcio com o Estado de São Paulo, contra empresa prestadora de gestão de planos de saúde e convênios hospitalares, visando a coibir a prática abusiva consistente na implementação de reajustes praticados em valor superior aos índices inflacionários. A ação foi julgada integralmente procedente, tornando-se vedada a aplicação de reajustes em desacordo com a legislação, sem prejuízo de impor a devolução dos valores cobrados indevidamente.

Vale ainda destacar que a Fundação Procon, utilizando-se das ferramentas para o exercício da tutela coletiva do consumidor, já se insurgiu contra reajustes disfarçados praticados por empresa prestadora de serviços de *tv a cabo*¹⁹, buscou a revisão do entendimento das operadoras de telefonia que limitavam o acesso aos dados que extrapolassem os limites da franquia²⁰, entre inúmeras atuações que impactam diretamente a dinâmica do mercado de consumo do estado de São Paulo.

As demandas coletivas não se exaurem nos casos listados. A atuação da Procuradoria do Estado vinculada a direitos transindividuais ligados ao consumidor é ampla, contínua e incessante.

CONCLUSÃO

1. Os direitos do consumidor constituem espécie de direitos fundamentais e, portanto, merecem ser tutelados por todos os entes públicos de forma adequada.
2. O tratamento legislativo atual, no tocante a aspectos relacionados à defesa do consumidor, não atribui qualquer ênfase na atuação dos órgãos de advocacia pública, priorizando, entre as funções essenciais à justiça, a Defensoria Pública e o Ministério Público.
3. O estado de São Paulo, após um processo histórico e adaptativo, percebeu a relevância inerente aos direitos dos consumidores e,

18 Ação nº 0410041-41.1996.8.26.0053, 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital, Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

19 Ação Civil Pública nº 0015651-45.2002.8.26.0053, 14ª Vara da Fazenda Pública da Capital, Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

20 Ação Civil Pública nº 1016930-92.2015.8.26.0053, 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital, Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

para tanto, desenvolveu mecanismos internos, por meio da descentralização ou da desconcentração administrativa, que culminaram com a criação da Fundação Procon.

4. Para lidar com a nova realidade, fez-se necessária a constituição de um corpo jurídico qualificado para as novas demandas. A Procuradoria do Estado, responsável pela assistência jurídica do Estado e pela consultoria do Poder Executivo, nesse contexto, forneceu o instrumental necessário e, para tanto, foi criado um desmembramento interno da Procuradoria denominado *Assessoria Jurídica da Fundação Procon*.
5. A Assessoria Jurídica da Fundação Procon, embora hierarquicamente subordinada à Procuradoria-Geral do Estado, atende às diretrizes funcionais da Fundação Procon, possuindo, assim, maior grau de autonomia técnica derivada da descentralização administrativa.
6. As atividades internas exercidas pela Assessoria Jurídica da Fundação Procon consistem em, de forma preventiva, apreciar a regularidade de todos os processos sancionatórios lavrados na instituição, aprovando-as ou não. Somente após a oitiva da Assessoria Jurídica, o processo sancionatório é encaminhado ao órgão responsável pela decisão.
7. No âmbito judicial, a atuação da Assessoria Jurídica da Fundação Procon desmembra-se na defesa das ações anulatórias e na propositura de ações coletivas. Embora a maior parte das ações esteja representada na defesa das ações anulatórias, a propositura das ações coletivas apresenta a maior repercussão fática na sociedade.
8. A atuação da Assessoria Jurídica da Fundação Procon gerou, desde a sua criação, significativas mudanças na realidade experimentada pelos consumidores do estado de São Paulo. As intervenções feitas pela Fundação Procon, por meio da Assessoria Jurídica, atingiram tarifas e reajustes de planos de saúde, práticas abusivas relacionadas a empresas prestadoras de serviços de *tv a cabo*, entre outras práticas abusivas.

9. Embora as advocacias públicas não tenham sido contempladas, pelo Poder Constituinte e pelo legislador ordinário, com a possibilidade de atuar, em nome próprio, na defesa do interesse dos direitos do consumidor, tal fato não impossibilitou que a Procuradoria do Estado de São Paulo, na representação²¹ da Administração Pública direta e da Fundação Procon, propiciasse, ainda que indiretamente, um aprimoramento das relações consumeristas no âmbito estadual e a concretização do interesse público primário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou Equidade nas Relações de Consumo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, f. 15, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, 2001.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

IACOVINO, Renata. **35 anos do Procon-SP**. São Paulo, 2011.

Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil: criada em todo o país, mas ainda não instalada em quatro estados**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnosestados>>. Acesso em 20 jun. 2020.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, f. 66, 2005.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

21 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 12.

A REQUISIÇÃO JUDICIAL DE DADOS CONSTANTES NOS ASSENTOS FUNCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO ENTRE A EFICIÊNCIA PROCESSUAL, O ACESSO À INFORMAÇÃO E A PROTEÇÃO DE DADOS

Lucas Soares de Oliveira¹

SUMÁRIO 1. Considerações iniciais. 2. Os direitos fundamentais (de personalidade) à privacidade e à intimidade. 2.1. Considerações gerais a respeito dos direitos fundamentais de personalidade. 2.2. A privacidade e a intimidade. 2.3. A questão do sigilo de dados. 2.4. A proteção dos dados pessoais dispostos em bancos público-funcionais de informações. 2.5. A Lei de Acesso à Informação. 3. Os deveres-poderes do juiz e a tutela do exequente. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO O presente artigo busca esclarecer quais são os limites para a obtenção de informações pessoais de servidores públicos da Administração Pública, constantes em bancos de dados funcionais, mediante decisões judiciais, em especial nos processos de execução.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Palavras-chave: Direito à privacidade e à intimidade. Proteção de dados pessoais. Lei de Acesso à Informação. Deveres-poderes do juiz na execução.

ABSTRACT The present article seeks to clarify what are the limits for obtaining personal information of public servants of the Public Administration, contained in functional databases, through judicial decisions, especially in the process of execution.

Keywords: Right to privacy. Protection of personal data. Law on access to information. Duties-powers of the judge in the execution.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo dedica-se a analisar a possibilidade de fornecimento de dados pessoais de servidores públicos constantes nos assentos funcionais da Administração Pública em caso de requisição judicial.

Para tanto, o artigo utilizará a seguinte hipótese de trabalho: imagine-se uma determinação judicial, lavrada no curso de um processo de execução, no qual tanto o exequente quanto o executado são particulares. Nesse cenário, suponha-se que o d. juízo determine que o Estado de São Paulo – um terceiro, portanto – preste informações a respeito do endereço do executado, pois o exequente não teria encontrado tal dado por suas forças próprias. A aludida informação constaria nos bancos de dados funcionais da Administração. Diante desse panorama, resta ao administrador indagar: *o que fazer?*

Embora a questão possa parecer simples, rigorosamente, ela não o é. Se bem-analisado o pano de fundo, ver-se-á que o assunto é complexo e envolve diversas nuances que merecem ser consideradas. Por isso, para responder satisfatoriamente ao caso, faz-se mister decantar e enfrentar, minuciosamente, o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais (de personalidade) à privacidade e à intimidade, bem como analisar o entrecorte que esses direitos fazem com os deveres-poderes do juiz no âmbito das execuções.

Assim, buscar-se-á, ao cabo deste artigo, responder a duas perguntas fundamentais: (i) quais são as hipóteses em que a Administração Pública se vê obrigada a fornecer dados pessoais de seus servidores, constantes em seus assentamentos, mercê de requisição judicial?; (ii) no caso-exemplo, há obrigação de fornecimento do endereço na forma da determinação judicial?

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS (DE PERSONALIDADE) À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

2.1. Considerações gerais a respeito dos direitos fundamentais de personalidade

Como premissa básica a este artigo, urge apontar o que entendemos por direitos fundamentais de personalidade. Pois bem. Embora se discuta a natureza jurídica dos direitos de personalidade, encampamos a tese de que esses dimanam da cláusula geral da dignidade da pessoa humana,² sendo, então, autênticos *direitos fundamentais*.³ Dessa forma, os direitos de personalidade consistiriam em segmentos específicos dos direitos fundamentais, ligando-se aqueles à tutela do “conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa”.⁴

Nessa esteira, optamos por compreender os direitos fundamentais de personalidade como sendo todo o espectro de atributos fundamentais que se projetam pela pessoa humana, em espaços de subjetividade e intersubjetividade, direcionados a proteger e a realizar exigências de caráter imediatamente existenciais e, mediatamente, materiais.⁵

Quanto às características desses direitos, sem se negar a acirrada controvérsia que paira sobre alguns atributos, podemos, com apoio no pensamento majoritário,⁶ dizer que os direitos fundamentais de persona-

2 No mesmo sentido: TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 543-4; SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 206; AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 257; LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 137; PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 763; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 50, entre outros.

3 Por direitos fundamentais entendemos as situações jurídicas subjetivamente ativas, ou de vantagem, tuteladas pelo ordenamento jurídico de um Estado e, em especial, pela sua própria Constituição (cf., detalhadamente, PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*. Il Mulino: Bologna, 2010. p. 12).

4 MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 209.

5 Nesse sentido: PERLINGIERI, Pietro; LONARDO, Loris. *Manuale di diritto civile*. 5. ed. Napoli: ESI, 2005. p. 147; e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima. Aspectos gerais dos direitos da personalidade. *In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 230.

6 Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 11 e s.; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional

lidade são: (i) *inatos*, no sentido de que surgem com a própria pessoa; (ii) *extrapatrimoniais*, malgrado a sua lesão possa surtir efeitos patrimoniais; (iii) *absolutos* quanto aos efeitos,⁷ sendo, portanto, oponíveis *erga omnes*, de modo a impor a toda coletividade um dever de respeito à personalidade alheia; (iv) *relativos* quanto à prevalência *in concreto*, pois podem sofrer limitações perante outros direitos fundamentais de valor casuístico superior;⁸ (v) *indisponíveis*, abarcando a sua impenhorabilidade e a irrenunciabilidade sobre os aspectos mais nucleares à personalidade; (vi) *imprescritíveis*, no sentido de que sempre podem ser invocados, ainda que por longo tempo o seu titular não os exerça; e (vii) *intransmissíveis*, na medida em que o seu exercício não pode ser delegado a outrem.⁹

Trazendo a questão para o bojo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), temos a consagração de inúmeros direitos fundamentais de personalidade, entre os quais se destacam: (i) a intimidade; (ii) a privacidade (ou vida privada); (iii) a honra; (iv) a ima-

brasileiro. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 33 e s.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I. p. 242; e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima. Aspectos gerais dos direitos da personalidade. *In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 233-8.

- 7 Trabalhando a característica dessa forma, bem assim diferenciando-a da relatividade dos direitos fundamentais ligada à sua limitabilidade, cf. OLIVETTI, Marco. **Teoria dos Direitos Fundamentais: aspecto histórico da normatividade dos direitos fundamentais**. Aula da Pós-Graduação em Direito Constitucional – ABDConst, 2018.
- 8 É, nesse sentido, que sói afirmar-se que *não há direitos absolutos* (STF. 1ª Turma. RE 1.058.429-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. em 20/2/2018, *DJe* de 6/3/2018). Pois, tal como explicam LOTHAR MICHAEL e MARTIN MORLOK, “todos os direitos fundamentais são limitáveis, mesmo os não limitáveis”, tendo-se em mente, porém, que “um direito fundamental só pode ser limitado, quando e na medida em que o permite a própria Lei Fundamental”. Os autores ainda advertem que há duas formas de limitabilidade por força da Constituição: a) a própria Constituição permite expressamente uma limitação do direito fundamental com base numa lei (a chamada reserva de lei); ou b) no caso de direitos fundamentais sem reserva de lei aplicam-se os limites imanentes à Constituição. Para uma visão mais detalhada do tema, cf. MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 751-3.
- 9 As características aqui arroladas devem ser analisadas *cum grano salis*. A principal virtude em seu apontamento é a didática. Porém, as generalizações descuidadas são falaciosas e tendem a levar ao erro. Como adverte a doutrina, “não há como estabelecer de forma apriorística um rol de características aderentes aos direitos de personalidade” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima. Aspectos gerais dos direitos da personalidade. *In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 234).

gem; (v) os direitos autorais, estando tais direitos dispostos no art. 5º, X, XXVII e XVIII, da CRFB/88.

Fixadas essas premissas, doravante, o artigo se debruçará mais detidamente no específico campo dos direitos à privacidade e à intimidade.

2.2. A privacidade e a intimidade

Há discussão a respeito da equivalência entre os termos privacidade e intimidade para fins de proteção jurídico-constitucional.¹⁰ Entre aqueles que veem distinção, o *direito à privacidade* envolveria a proteção da vida privada que, por sua vez, consistiria em um convívio mais aberto com o meio social, isto é, algumas pessoas podem ter acesso à privacidade de alguém, porém, isso não significa que há divulgação irrestrita, massiva, ou mesmo a desnecessidade de autorização (*v.g.*, endereços, telefones, situação econômica, religião, etc.); já o *direito à intimidade* situa-se em um âmbito mais interno da proteção à vida privada (*riservatezza*), relacionando-se àquelas informações que a pessoa não quer compartilhar com ninguém, ou quase ninguém (*v.g.*, opção sexual, amores, temores, mensagens privadas, dados confidenciais etc.).¹¹ Desse último modo, é correto dizer que há uma relação gradativa entre as esferas de proteção, posto que toda violação à intimidade é, em última análise, uma violação da privacidade, mas o contrário não é sempre verdadeiro.¹²

10 Entendendo pela inexistência de distinção relevante: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 450-2; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 469.

11 Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 543-4; ARAUJO, Luiz Alberto David. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 110; SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 206-7; BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 572-3; e BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Tutela jurídica da intimidade e da privacidade*. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 308-9.

12 ARAUJO, Luiz Alberto David. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110.

Compreendendo que os direitos à intimidade e à privacidade, em maior ou menor gradação, impendem a proteção das situações vitais que, por dizerem respeito somente ao seu titular, esse deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão,¹³ é possível concordar com a lição de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que aduzem:

O direito à reserva da intimidade e da vida privada e familiar analisa-se principalmente em dois direitos menores: (a) o direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem.¹⁴

O último destaque feito pelos autores lusitanos nos é especialmente importante: tendo a Administração Pública colhido informações pessoais de seus servidores, poderia ela divulgar tais informações? É, justamente, essa a questão que se busca desvelar por este artigo. Mas, para tanto, é preciso descer ainda mais às minúcias.

2.3. A questão do sigilo de dados

Um dos mais importantes temas relacionados aos direitos à privacidade e à intimidade diz respeito ao sigilo de dados bancários, fiscais, de comunicação e profissionais. O tema é rico. Tanto a jurisprudência quanto a doutrina se debruçam vivamente sobre ele. Analisar as situações mais emblemáticas a respeito dos sigilos de dados pode auxiliar a construção do presente trabalho.

Em termos gerais, o *sigilo bancário* relaciona-se à obrigação de discricção imposta aos bancos e a seus funcionários a respeito de negócios, pretéritos, presentes e futuros, de seus clientes (*v.g.*, abertura de contas, dados pessoais fornecidos, empréstimos, guarda de dinheiro, movimentações financeiras etc.). O *sigilo fiscal* coloca-se como uma imposição de discricção imposta ao Estado em relação aos dados pessoais e fiscais fornecidos ao Fisco, geralmente, por força de obrigações tributárias acessó-

13 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 1, São Paulo: RT, 1992, p. 77.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 467-8.

rias (*v.g.*, declaração de renda anual). O *sigilo de comunicação* engloba a inviolabilidade dos meios de correspondência, física ou eletrônica, pelos quais a pessoa expressa sua liberdade de pensamento e, não raro, expande as suas confissões íntimas na confiança da confidência do meio informacional. Por fim, o *sigilo profissional* assegura ao titular da informação íntima ou privada o direito de não a ver divulgada por quem dela tomou conhecimento em virtude de sua profissão ou de dever funcional, a quem há obrigação de segredo imposta pela lei e/ou pelo ofício.

Embora esses sigilos sejam alvo de especial proteção constitucional, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que eles não têm caráter absoluto, ilimitável. Assim, analisando as esferas de proteção e a eventual tensão existente entre o interesse do indivíduo no sigilo e o interesse da coletividade nas informações, torna-se possível a “quebra” dos sigilos de dados. Essa, no entanto, precisa seguir certas diretrizes para ser tida como legítima: (i) *excepcionalidade*, porque a quebra de sigilo somente se justifica quando há necessidade de tutela de outro direito fundamental ou interesse constitucionalmente assegurado; (ii) *reserva relativa de jurisdição*, porquanto, em regra, a quebra de sigilo depende de determinação judicial, mas, excepcionalmente, a quebra poderá ser realizada pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), em decisão colegiada, específica e motivada¹⁵ ou nos casos em que os dados se liguem a recursos públicos, ocasião em que se tem reconhecido ao Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁶ e ao Ministério Público¹⁷ a possibilidade de quebra di-

15 STF. Plenário. MS 23.452, rel. min. CELSO DE MELLO, j. em 16/9/1999, DJ de 12/5/2000; STF. 2ª Turma. HC 96.056, rel. min. GILMAR MENDES, j. em 28/6/2011, DJe de 8/5/2012.

16 “O envio de informações ao TCU relativas a operações de crédito originárias de recursos públicos não é coberto pelo sigilo bancário. O acesso a tais dados é imprescindível à atuação do TCU na fiscalização das atividades do BNDES. O STF possui precedentes no sentido de que o TCU não detém legitimidade para requisitar diretamente informações que importem quebra de sigilo bancário. No entanto, a Corte reputou que a situação acima relatada seria diferente dos demais precedentes do Tribunal, já que se trata de informações do próprio BNDES em um procedimento de controle legislativo financeiro de entidades federais por iniciativa do Parlamento”. STF. 1ª Turma. MS 33.340/DF, rel. min. LUIZ FUX, j. em 26/5/2015, *Informativo 787*.

17 “É lícita a requisição pelo Ministério Público de informações bancárias de contas de titularidade da Prefeitura, com o fim de proteger o patrimônio público, não se podendo falar em quebra ilegal de sigilo bancário. O sigilo de informações necessário à preservação da intimidade é relativizado quando há interesse da sociedade em conhecer o destino dos recursos públicos. Diante da existência de indícios da prática de ilícitos penais envolvendo verbas públicas, cabe ao MP,

reta do sigilo;¹⁸ (iii) *criterosa fundamentação da decisão*, seja qual for a autoridade competente;¹⁹ (iv) *especificação e pertinência da informação*, pois, sendo o sigilo de dados a regra, a exceção – que é a quebra – deve ser restrita aos dados essenciais ao fim almejado; (v) *discrição continuada*, porque, quebrado o sigilo, os autos que recebem as informações sigilosas devem correr sobre segredo (de justiça ou administrativo);²⁰ e, por fim, (vi) *proporcionalidade*, de modo que o intérprete autêntico (KELSEN), no momento da congregação do programa da norma no

no exercício de seus poderes investigatórios (art. 129, VIII, da CF/88), requisitar os registros de operações financeiras relativos aos recursos movimentados a partir de conta-corrente de titularidade da Prefeitura. Essa requisição compreende, por extensão, o acesso aos registros das operações bancárias sucessivas, ainda que realizadas por particulares, e objetiva garantir o acesso ao real destino desses recursos públicos”. STJ. 5ª Turma. HC 308.493/CE, rel. min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. em 20/10/2015, *Informativo nº 572*; e STF. 2ª Turma. RHC 133.118/CE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. em 26/9/2017, *Informativo 879*.

- 18 Pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), não há que se confundir a *quebra* de sigilo bancário – relacionada à decisão judicial ou de CPI – com a *transferência* de sigilo bancário, determinada diretamente pelo Fisco, sem autorização legal, e respaldada pelos arts. 5ª e 6ª da Lei Complementar (LC) nº 105/2001. É bom observar que os Fiscos federais, estaduais, distritais e municipais somente podem obter as informações previstas no art. 6ª da LC nº 105/2001, uma vez regulamentada a matéria (tal como fizera o Decreto Federal nº 3.724/2001), observados os seguintes parâmetros: (i) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; (ii) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos, garantido o mais amplo acesso do contribuinte aos autos, permitindo-lhe tirar cópias, não apenas de documentos, mas também de decisões; (iii) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; (iv) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com o registro de acesso; e, finalmente, (v) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios. Nesse sentido: STF. Plenário. ADPF 378/DF, rel. min. EDSON FACHIN, j. em 16, 17 e 18/12/2015, *Informativo nº 812*; STF. 1ª Turma. RE 1.043.002-AgR, rel. min. ROBERTO BARROSO, j. em 1ª/12/2017; STF. 2ª Turma. RHC 121.429/SP, rel. min. DIAS TOFFOLI, j. em 19/4/2016, *Informativo nº 822*; STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1.601.127/SP, rel. para Ac. min. FELIX FISCHER, j. em 20/9/2018, *Informativo nº 634*; STJ. 6ª Turma. HC 422.473/SP, rel. min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. em 20/3/2018, *Informativo nº 623*.
- 19 “Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descaracterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato estatal que a decreta, além de adequadamente fundamentado, também indique, de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira”. STF. Plenário. HC 84.758, rel. min. CELSO DE MELLO, j. em 25/5/2006, *DJ* de 16/6/2006.
- 20 “Os dados obtidos por meio da quebra dos sigilos bancário, telefônico e fiscal devem ser mantidos sob reserva. Assim, a página do Senado Federal na internet não pode divulgar os dados obtidos por meio da quebra de sigilo determinada por comissão parlamentar de inquérito (CPI)”. STF. Plenário. MS 25.940, rel. min. MARCO AURÉLIO, j. em 26/4/2018, *Informativo nº 899*.

âmbito da norma, considere eventual necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu* na quebra do sigilo.²¹

Em precedente judicial interessante ao entendimento do caso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou que a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) está legalmente impedida de fornecer a quem quer que seja as informações individualizadas que coleta, no desempenho de suas atribuições, para que sirvam de prova em quaisquer outros procedimentos administrativos. Isso porque, sendo o IBGE uma fundação pública federal criada pela Lei nº 5.878/1973, cujo objetivo básico é assegurar informações e estudos de natureza estatística, geográfica, cartográfica e demográfica necessários ao conhecimento da realidade física, econômica e social do país, visando especificamente ao planejamento econômico e social e à segurança nacional (art. 2º), há determinação legal de que as informações solicitadas pelo IBGE no desempenho de suas funções institucionais permaneçam sob sigilo (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 5.534/68, que dispõe a respeito da obrigatoriedade de prestação de informações estatísticas pelo IBGE, c/c o art. 6º da Lei nº 5.878/73).²²

Assim como o IBGE, o Estado de São Paulo e suas autarquias também possuem natureza pública. Outrossim, ao Estado (e aos seus servidores), semelhantemente ao que ocorre com o IBGE, a lei impõe o sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada ligados ao desempenho da atividade administrativa (arts. 241, IV, e 257, III, da Lei estadual nº 10.261/1968; art. 121, V, da Lei Complementar estadual nº 1.270/2015).

Pode-se perceber que, tal como um advogado ou um médico, o Estado (*lato sensu*) assume a posição de garantidor do sigilo de algumas

21 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 477-9; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 455-60; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 550-6; e BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Tutela jurídica da intimidade e da privacidade*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 311-23.

22 STJ. 1ª Turma. REsp 1.353.602/RS, rel. min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. em 30/11/2017, *Informativo nº 617*.

informações a ele prestadas pelos servidores públicos. Há, se assim se pode dizer, uma espécie de *sigilo profissional*. Mas, perceba-se: dentro da *relação interna* entre Administração Pública e servidores públicos, há uma privacidade reduzida (*v.g.*, pois devem fornecer suas declarações de renda, patrimônio, dados pessoais etc.); já na *relação externa*, o sigilo se impõe como garantia ao direito à privacidade e à intimidade, vedando-se, em regra, o acesso de terceiros a tais informações.²³

Portanto, é possível concluir que também o Estado está legalmente impedido de fornecer a quem quer que seja as informações *pessoais* (leia-se: privadas e íntimas; não, obviamente, aquelas de interesse público) e individualizadas que coleta, no desempenho de suas atribuições, para que sirvam de prova em quaisquer outros procedimentos administrativos estranhos ao ente ou à entidade pública. E a utilização de tais informações, que não seja com finalidades administrativas, estará revestida de flagrante ilegalidade.

No entanto, ainda há que se buscar uma resposta quanto à necessidade de fornecimento das informações quando existe determinação judicial para tanto.

2.4. A proteção dos dados pessoais dispostos em bancos público-funcionais de informações

A doutrina tem advertido que a “facilidade de acesso aos dados pessoais, somada à velocidade do acesso, da transmissão e do cruzamento de tais dados, potencializa as possibilidades de afetação de direitos fundamentais das pessoas”, especialmente “mediante o conhecimento e o controle de informações sobre a sua vida pessoal, privada e social”.²⁴

Nesse panorama, o direito à proteção dos dados pessoais pode ser associado ao direito à privacidade e ao direito ao livre desenvolvimento

23 ARAUJO, Luiz Alberto David. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110-1.

24 SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais em espécie*. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 477.

da personalidade, que abarca o direito à livre disposição sobre os dados pessoais. Com efeito, não se trata apenas de uma proteção dos dados contra o conhecimento e uso por parte de terceiros, mas, sim, de um direito à autodeterminação informativa (*informationelle selbstbestimmung*).²⁵ Em suma, esse direito implica reconhecer ao ser humano o “domínio ou controle sobre os *inputs* e *outputs* da informação”.²⁶

Por essa diretriz, temos que a vontade é definidora daquilo que deve ser considerado como pessoal e, por consequência, retirado do conhecimento alheio, desde que conte com o apoio de um consenso social sobre o que é reservado à esfera particular de cada pessoa.²⁷

A respeito do tema, a doutrina noticia uma importante decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, em 1983, afirmou ser incompatível com a dignidade humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade que o indivíduo não seja protegido contra uma ilimitada coleta, armazenamento, aproveitamento, transferência e divulgação de seus dados pessoais.²⁸ O caso tedesco, como se vê, guarda certa semelhança com o presente, o que autoriza extrair para cá as conclusões lá esculpidas, *mutatis mutandis*.

Assim, é possível afirmar que o âmbito de amparo do direito à proteção dos dados pessoais abarca as seguintes posições jurídicas: (i) o direito ao acesso e ao conhecimento dos dados pessoais existentes em registros (bancos de dados) públicos ou privados pelo titular das informações; (ii) o direito de negar conhecimento, tratamento, utilização e difusão de determinados dados pessoais pelo Estado ou por terceiros; (iii) o direito à identificação dos responsáveis pela coleta, armazenamento, tratamento e utilização dos dados; (iv) o direito ao

25 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 478.

26 SAMPAIO, José Adércio Leite. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 293.

27 SAMPAIO, José Adércio Leite. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 293.

28 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 478.

conhecimento da finalidade da coleta e da utilização dos dados; (v) o direito à retificação e, a depender do caso, à exclusão de dados pessoais armazenados em bancos de dados.²⁹

Embora não se trate de direito absoluto, o direito à proteção dos dados, especialmente na medida de sua conexão com a dignidade humana, revela-se como um direito bastante sensível, tanto mais sensível quanto mais a sua restrição afeta a intimidade e pode implicar violação da dignidade da pessoa humana. Há, pois, um ônus argumentativo para a “quebra” da proteção aos dados pessoais tanto maior quanto menos relevante for o interesse em contrapeso.³⁰

Outra questão interessante que merece ser analisada neste artigo se refere à possibilidade de se invocar um direito de reserva às informações (dados) “pessoais” pelas pessoas jurídicas de direito público. À evidência, as pessoas jurídicas de direito público não são titulares de direitos fundamentais (salvo aqueles instrumentais). Entender o contrário significaria atentar contra a historicidade e teleologia destes direitos. A afirmação, entretanto, não autoriza a conclusão de que as pessoas jurídicas de direito público fiquem completamente desamparadas diante de ameaças ou violações à privacidade e à intimidade. Isso, mormente, pois, sendo as pessoas naturais parte orgânica e integrante dos entes e entidades públicas, aquelas, por reflexo, garantem certa proteção de elementos de (artificial) privacidade e intimidade dessas.³¹

Destarte, torna-se ululante a necessidade de proteção aos dados pessoais dos servidores públicos constantes nos assentamentos funcionais da Administração. Contudo, resta ainda(!) investigar até que ponto essa proteção se ergueria em face de determinações judiciais.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 478; e CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 551 e s.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 480.

31 SAMPAIO, José Adércio Leite. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 294.

2.5. A Lei de Acesso à Informação

Não se olvida que, no afã de coletar dados pessoais dispostos em assentamentos funcionais de órgãos públicos, poder-se-ia invocar o art. 5º, XXXIII, da CRFB/88, como suposta salvaguarda ao direito de acesso àquela informação. O referido dispositivo enuncia que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. A norma constitucional foi regulamentada pela Lei nº 12.527/2011 e pelo Decreto estadual nº 46.475/2018, conformando o chamado *Marco Regulatório do Acesso às Informações Públicas*.

No ponto, é curial observar que as normas de acesso às informações públicas, apesar de fulcradas no texto constitucional, não permitem a compreensão de que toda e qualquer informação disposta em bancos públicos de dados é de acesso universal. É dizer: o direito fundamental ao acesso à informação encontra restrições em outros direitos, entre os quais: a privacidade e a intimidade.

A única restrição expressa e diretamente constitucional ao acesso às informações públicas se liga à tutela da segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, *in fine*, da CRFB/88). Essa restrição foi repetida e disciplinada nos arts. 23 a 30 da Lei nº 12.257/2011.

É de se destacar que, malgrado seja a única restrição expressa e diretamente constitucional ao acesso às informações, a tutela da segurança da sociedade e do Estado não é o único elemento limitador do direito em questão. Com efeito, há restrições fundadas em princípios constitucionais.³² É o caso da tutela das informações pessoais. Em autêntica restrição legislativa imprópria,³³ a Lei federal nº 12.527/2011 dispõe:

32 Sobre o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. Restrições ao acesso à informação. *In*: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). *Acesso à informação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 111-133.

33 Diz *própria* a restrição legislativa que baseadas na competência discricionária do legislador, fruto de cláusulas de reserva implícita. Por outro lado, são restrições legislativas *impróprias* aquelas que repousam no texto legal por influência direta e vinculante da Constituição, sem qualquer discricionabilidade para o legislador. MARTINS, Ricardo Marcondes. Restrições ao acesso à informação. *In*: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). *Acesso à informação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 117.

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º - As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º - Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º - O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º - A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º - Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.

Importante perceber que, a despeito de existir a restrição ao direito ao acesso às informações de natureza pessoal constantes em bancos de dados públicos, a Lei nº 12.257/2011 (art. 31, §3º, III) ressalva a pos-

sibilidade de acesso a tais informações em virtude de cumprimento de decisão judicial – o que é o caso *in examine*.

Portanto, secamente, à luz do *Marco Regulatório do Acesso às Informações Públicas*, ainda que não se possa reconhecer um direito de acesso ilimitado, no episódio em análise, em virtude da existência de determinação judicial, não haveria óbice na apresentação da informação em juízo.

3. OS DEVERES-PODERES DO JUIZ E A TUTELA DO EXEQUENTE

A análise feita até então já indicia um caminho para o acesso às informações constantes em bancos de dados funcionais da Administração. Todavia, tal constatação pode não ser o bastante. A boa resolução da questão posta neste artigo depende também da apreensão cognitiva de duas premissas basilares: a uma, o papel do juiz na promoção da eficiência do módulo processual executivo; a duas, a comparação dos interesses em jogo no processo de execução com aqueles tutelados pelos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade.

Quanto à primeira premissa, é inconteste que o Código de Processo Civil de 2015 (*CPC/2015*) municiou o juiz de uma série de deveres-poderes para garantir a eficiência processual (art. 8º c/c art. 139). Um passo atrás, entendemos por eficiência processual a congregação da máxima correspondência do resultado do processo com o direito material vindicado (*efetividade*) mercê do mínimo desgaste possível da máquina e do tempo processual (*tempestividade e economia processual*).³⁴ Dessa forma, garante-se ao juiz o emprego de um arsenal de medidas processuais (indutivas, mandamentais, coercitivas, sub-rogoratórias etc.), a fim de fazer cumprir a ordem judicial.

34 Rememore-se a preciosa advertência de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA no sentido de que a justa preocupação com a celeridade não pode acarretar drástica perda de qualidade processual, porque isso significaria denegação de justiça. Advertira o autor que a efetividade *virtuosa* não pode ser confundida com a busca por *performance* ou ganhos meramente estatísticos, frutos de uma mentalidade tecnoburocrática, a que o autor chama de efetividade *perniciosa* (*In: Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115). Em igual pesar, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, com inigualável autoridade, já havia ponderado que “se para torná-la [a justiça] melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço” (O futuro da justiça: alguns mitos. *In: Temas de direito processual*. 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5).

No âmbito do módulo processual executivo, a doutrina tem apregoado a existência de um *poder geral de efetivação* que, pautado nos deveres-poderes judiciais, no modelo cooperativo de processo e na promoção da eficiência, legitimaria até mesmo a adoção de medidas executivas atípicas (arts. 6º, 139, IV, 297, 497, 536, §1º, 772 e 773 do CPC/2015).³⁵

Com justeza, é inegável que o módulo executivo busca atender ao interesse do exequente, de modo que esse ganha posição de realce na relação jurídico-processual (art. 797 do CPC/2015). Por essa razão, bem assim por incidência dos princípios da cooperação (art. 6º do CPC/2015) e da eficiência (art. 8º do CPC/2015), há certa mitigação do princípio dispositivo e maior abrangência da atuação inquisitória do juiz no módulo executivo.

Não à toa o CPC/2015 prevê, às escâncaras, a faculdade de o juiz determinar, a qualquer momento no processo de execução, que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável (art. 772, III, do códex). Aliado a essa previsão, o Código também traz preceptivo que autoriza ao juiz de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados (art. 773, *caput*), reservando-se a confidencialidade aos dados sigilosos obtidos dessa maneira (art. 773, parágrafo único).

De tal modo, a princípio, o CPC/2015 efetuou uma ponderação abstrata de interesses, na qual a tutela dos interesses patrimoniais do exequente sobressaiu à tutela da privacidade e da intimidade do executado. Essa conclusão, porém, para se afinar ao modelo constitucional de processo civil, merece ser tomada *cum grano salis*.

Primeiramente, observe-se que é incumbência do exequente indicar, na petição inicial, o correto endereço do executado (art. 319, II, do CPC/2015). O erro crasso ou a omissão culposa do exequente na indicação de tal elemento não autoriza a atuação supletiva do magistrado, sob pena de violação ao princípio dispositivo e ao princípio da imparcialidade. Entretanto, não sendo possível ao exequente indicar os dados

35 DIDIER JR., Fredie, *et al.* Curso de Direito Processual Civil. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. v. 5, p. 101 e s.

referentes ao endereço do executado, o CPC/2015 abre a possibilidade para aquele requerer ao juiz as diligências necessárias a obtenção da aludida informação (art. 319, §1º, do CPC/2015).

Com isso, podemos concluir que a determinação judicial de exposição de endereço de servidor público, constante dos bancos de dados funcionais da Administração, apenas se justifica como *ultima ratio* e desde que solicitada pelo exequente. É papel da Procuradoria-Geral do Estado averiguar o fato e efetuar a defesa processual da Administração quando tais requisitos não se verificarem por detrás do comando judicial.

O segundo ponto de relevo refere-se à necessidade de fundamentação criteriosa da decisão judicial que almeja obtenção de informações constantes em bancos de dados funcionais. Sendo os bancos atingidos pelo sigilo legal, bem como pela exigência reflexa de proteção à privacidade e à intimidade das pessoas ali registradas, impõe-se ao magistrado a demonstração fundamentada e específica das razões pelas quais entende que apenas nos registros da Administração seria possível encontrar a informação solicitada. Mais uma vez, é incumbência da Procuradoria-Geral do Estado, ante eventual desvio do magistrado (falta de fundamentação), expor tal óbice em juízo.

Enfim, como terceiro destaque, é crucial que se perceba que, conquanto inexistam direitos absolutos (ilimitáveis), tampouco uma escala de relevância apriorística entre os direitos fundamentais, há, sim, uma escala de intensidade da tutela de direitos, que exigirá um ônus argumentativo do magistrado tanto maior quanto mais inviolável for a situação subjetiva protegida.

A doutrina europeia, inspirada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, tem se valido da chamada *teoria das esferas* para estratificar a proteção dos direitos fundamentais de personalidade.³⁶ No âmbito do direito à privacidade, a teoria das esferas, também chamada de teoria dos círculos concêntricos,³⁷ faz a distinção entre

36 Sobre o tema, cf. MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 345-6.

37 ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, nº 342, p. 121-9, Rio de Janeiro, 1998.

uma esfera social (zona de subúrbio), uma esfera privada (zona periférica) e uma esfera íntima (zona nuclear). A teoria visa a capturar nessas áreas as diferentes necessidades de proteção dos fenômenos da vida humana. Desse modo, pela ordem referida, quanto mais perto os direitos se encontram da zona nuclear, menores são as possibilidades de restrição de seu conteúdo.

Obviamente, a teoria das esferas, se analisada *per se*, é insuficiente para a plena compreensão do fenômeno da relação entre os direitos fundamentais de personalidade.³⁸ Entretanto, não há como negar a sua utilidade prática, na medida em que oferta um expediente analítico hábil a restringir a discricionariedade judicial.

Dentro da *esfera íntima*, que constitui o núcleo essencial do direito à privacidade e à intimidade, podemos alocar as informações referentes a opção sexual, identidade de gênero, notas e avaliações curriculares, dados pessoais contidos em diários, computadores, celulares, carteiras, bolsas etc. Pense-se, por exemplo, nos laudos médicos utilizados para as licenças para tratamento de saúde, que são documentos naturalmente íntimos e sigilosos. A abertura dessa esfera, mesmo que por decisão judicial, depende de fortíssima fundamentação, específica e pormenorizada, com denso respaldo legal e constitucional, preservando-se, ademais, o sigilo processual sobre a matéria (arts. 188, III, e 773, parágrafo único, do CPC/2015). Em rigor, não é demais asseverar que, em se tratando da esfera íntima, são deveras raras as situações em que será possível a restrição ao direito à privacidade e à intimidade.

Na *esfera privada* encontram-se os aspectos da vida familiar, profissional e comercial do indivíduo que são excluídos da publicidade geral e massiva. É caso, por exemplo, das convicções políticas, religiosas, declarações de bens e rendas, apontamentos funcionais etc. Em tais situações, o ônus argumentativo imposto ao magistrado que fita obter tais informações de banco de dados público é grande. Ele deve ser preciso e percuciente, sob pena de violar os direitos à privacidade. Porém, diferentemente da esfera íntima, aqui é mais fácil visualizar situações

38 Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 452.

em que a esfera privada cederá perante outros interesses. De qualquer modo, deve-se preservar, no processo, o sigilo sobre a matéria (arts. 188, III, e 773, parágrafo único, do CPC/2015).

Por fim, na *esfera social* se situam os atributos da vida privada que são limítrofes à própria vida social, razão por que a intervenção nessa seara pode se dar com ônus argumentativo menor para o magistrado. Acreditamos que o endereço é um bom exemplo. A doutrina tem apontado o endereço como parte do direito à privacidade.³⁹ No entanto, é certo que, por mais que alguém possa querer não divulgar o seu endereço, o conhecimento desse dado não recai exclusivamente sobre a vontade dessa pessoa. Vizinhos, amigos, empresas, entes públicos etc., todos podem, mesmo sem a vontade da pessoa afetada, conhecer o seu endereço. Por isso, a determinação judicial que busca o endereço de alguém perante órgãos públicos pode ser construída com um ônus argumentativo menor do que nas hipóteses *supra*. Isso, porém, não significa que a decisão pode ser desprovida de qualquer motivação: sempre deverá existir fundamentação específica e particularizada.

Destarte, diante da determinação judicial impondo à Administração Pública a obrigação de apresentar informações constantes de seus bancos de dados a respeito de seus servidores públicos, torna-se curial a análise da natureza de tais informações (íntimas, privadas ou sociais). A depender do caso, se insuficiente ou inespecífica a fundamentação da decisão judicial, far-se-á necessária a intervenção da Procuradoria-Geral do Estado para apontar em juízo o óbice na divulgação da informação. No caso-exemplo, porém, o fornecimento do endereço solicitado judicialmente não parece afrontar os direitos à privacidade e à intimidade, cedendo, legitimamente, à tutela do exequente e à eficiência processual.

39 Trabalhando a quebra de sigilo bancário ou fiscal, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO adverte: “se somente se pretende descobrir o endereço de alguém, não é o caso de se obter também a sua declaração de bens” (*In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 479). Do trecho, parece que o autor entende que o endereço compõe o rol de dados protegidos pelo sigilo bancário ou fiscal. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais em espécie*. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 459.

CONCLUSÃO

Analisada a situação trazida nesse artigo, torna-se possível concluir que, observada a *teoria das esferas* como premissa operacional, a Administração Pública se obriga a fornecer dados pessoais de seus servidores, constantes em seus assentamentos, sempre que o intérprete autêntico (isto é, o juiz), mediante adequado juízo de proporcionalidade, sopesar que o interesse em jogo no processo sobrepõe-se à tutela da intimidade e da privacidade do servidor, bem como ao sigilo legal imposto a tais dados.

Contudo, é curial lembrar que o ônus argumentativo do juiz é tanto maior quanto mais perto do núcleo do direito à vida privada a informação solicitada se situe.

Ademais, é mister que a decisão judicial obedeça às seguintes diretrizes: (i) *excepcionalidade*, porque a quebra de sigilo somente se justifica quando há necessidade de tutela de outro direito fundamental ou interesse constitucionalmente assegurado; (ii) *criteriosa fundamentação da decisão*; (iii) *especificação e pertinência da informação*, pois, sendo o sigilo de dados a regra, a exceção – que é a quebra – deve ser restrita aos dados essenciais ao fim almejado; (iv) *discrição continuada*, porque, quebrado o sigilo, os autos que recebem as informações sigilosas devem correr em segredo (de justiça ou administrativo), na forma do art. 188 do CPC/2015; e, por fim, (v) *proporcionalidade*, de modo que o intérprete autêntico, no momento da congregação do programa da norma no âmbito da norma, deve considerar eventual necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu* na quebra do sigilo.

Dessa maneira, muito embora se assegure uma série de deveres-poderes ao juiz (arts. 6º, 8º, 139, IV, e 297 do CPC/2015), muitos ligados à tutela do exequente (arts. 497, 536, §1º, 772 e 773 do CPC/2015), esses somente se legitimam quando atentos às exigências dispostas acima, cuja análise deve se dar caso a caso. Ocorrendo violação às diretrizes acima listadas, é imperioso que se dê ciência à Procuradoria-Geral do Estado, a fim de que esse órgão possa expor o óbice em juízo.

De qualquer modo, quanto ao caso-exemplo proposto, em um juízo hipotético, colocando-nos no lugar do juiz, é possível compreender como legítima e proporcional a solicitação do endereço de servidor

constante do banco de dados da Administração para atender à eficiência processual.

Como se viu, o endereço compõe a esfera mais afastada (a social) do direito à privacidade. O sigilo, em tais casos, pode ser relativizado exigindo-se um ônus argumentativo menor do juiz. Assim, no confronto entre eficiência processual e direito à privacidade, ponderou o juiz prevalecer o primeiro, o que é legítimo.

Destaque-se, no entanto, que é incumbência do exequente indicar, na petição inicial, o correto endereço do executado (art. 319, II, do CPC/2015). O erro crasso ou a omissão culposa do exequente na indicação de tal elemento não autoriza a atuação supletiva do magistrado, sob pena de violação ao princípio dispositivo e ao princípio da imparcialidade. Todavia, não sendo possível ao exequente indicar os dados referentes ao endereço do executado, o CPC/2015 abre a possibilidade para aquele requerer ao juiz as diligências necessárias à obtenção da aludida informação (art. 319, §1º, do CPC/2015). Com isso, podemos concluir que a determinação judicial de exposição de endereço de servidor público, constante dos bancos de dados funcionais, apenas se justifica como *ultima ratio* e desde que solicitada pelo exequente. Por fim, registre-se que é papel da Procuradoria-Geral do Estado averiguar o fato e efetuar a defesa processual da entidade quando tais requisitos não se verificarem por detrás do comando judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista Forense**, n. 342, pp. 121-9, Rio de Janeiro, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *In*: **Temas de direito processual**. 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Tutela jurídica da intimidade e da privacidade*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

DIDIER JR., Fredie, *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. v. 5.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. n. 1, São Paulo: RT, 1992.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Restrições ao acesso à informação. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (coord.). **Acesso à informação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra, 2005.

OLIVETTI, Marco. **Teoria dos Direitos Fundamentais: aspecto histórico da normatividade dos direitos fundamentais**. Aula da Pós-Graduação em Direito Constitucional – ABDConst, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro; Lonardo, Loris. **Manuale di diritto civile**. 5. ed. Napoli: ESI, 2005.

PINO, Giorgio. **Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale**. Il Mulino: Bologna, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES. André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RODRIGUES, Renata de Lima. Aspectos gerais dos direitos da personalidade. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In*: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

AS DECISÕES QUE NADA DECIDEM: ANÁLISE SOBRE O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROBLEMA DE FORMAÇÃO DA MAIORIA ABSOLUTA

Renato Manente Corrêa¹

SUMÁRIO 1. Introdução: expondo as bases do problema. 2. A regra da cláusula de reserva de plenário (*full bench*) e os efeitos decorrentes da declaração de (in)constitucionalidade em sede de controle concentrado. 3. As decisões que nada decidem: breve exposição das ADIs 4.066 e 4.167 e o problema de formação da maioria absoluta. 4. Análise: garantia da maioria absoluta e presunção de constitucionalidade das leis *versus* o princípio da vedação ao *non liquet*, o direito fundamental à prestação jurisdicional, a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição constitucional. 5. Alternativas possíveis para conclusão dos julgamentos em casos-limite de ausência de formação de maioria absoluta. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO O presente artigo pretende discutir, de forma crítica, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 4.066 e 4.167 que, diante da ausência de formação de quórum de maioria absoluta por redução do número de ministros votantes (atingindo-se situações de empates e maiorias relativas), deixou de aplicar a eficácia geral e os efeitos vinculantes próprios dessas ações. Indaga-se se essa postura seria admissível considerados o princípio de vedação ao *non liquet*, o direito à prestação jurisdicional, a segurança jurídica e o princípio de efetividade da jurisdição constitucional. Admitindo-se que o estado de indecisão originado por essas decisões da Corte é pernicioso e não pode subsistir, são apresentadas alternativas

1 Procurador do Estado de São Paulo. Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

possíveis para a solução do julgamento em casos-limite de empates e maiorias não absolutas.

Palavras-chave: controle concentrado de constitucionalidade; maioria absoluta; problema de formação da maioria absoluta; vedação ao *non liquet*; alternativas.

ABSTRACT This paper intends to discuss, critically, the decisions made by the Brazilian Supreme Federal Court in the judgment of ADIs 4.066 and 4.167 which, given the absence of formation of an absolute majority quorum due to the reduction in the number of voting ministers (reaching situations of ties and relative majorities), refused to apply the general effectiveness and binding effects of these actions. It is questioned whether such a posture would be admissible considering the principle of prohibition against non liquet, the right to jurisdictional provision, legal certainty and the principle of effectiveness of constitutional jurisdiction. Admitting that the state of indecision caused by these Court decisions is harmful and should not exist, possible alternatives are presented for the solution of the judgment in limit cases of ties and non-absolute majorities.

Keywords: concentrated control of constitutionality; absolute majority; problem of formation of the absolute majority; prohibition against non liquet; alternatives.

1. INTRODUÇÃO: EXPONDO AS BASES DO PROBLEMA

Como regra, o controle concentrado de constitucionalidade, aqui delimitado ao espectro das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, ao provocar o exercício da jurisdição constitucional acerca da *validade jurídico-constitucional* de determinado ato normativo em tese, produz decisões com eficácia *erga omnes* (isto é, oponíveis a todos) e efeitos vinculantes (*enforcing power*). Sua finalidade, como tradicionalmente se concebe, é garantir a higidez e a consistência do ordenamento jurídico, seja reafirmando a constitucionalidade de determinada norma abstratamente questionada ou dele extirpando normas que desafiem, por incompatibilidade material e/ou formal, o vetor normativo que, em todos os casos, lhe é estruturante: a Constituição².

2 A jurisdição constitucional é aqui chamada para pacificar um conflito que, embora não se desenvolva entre partes determinadas – eis que é processo de natureza eminentemente objetiva –, surge entre a norma em tese, com reflexos diretos sobre os seus destinatários (mesmo porque a lei é concebida, geralmente, para regular situações concretas que, portanto, atingem pessoas e/ou interesses), e a Constituição que, repita-se, em todo o caso, deve prevalecer.

A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis de modo abstrato, mediante o qual *se atribuem* os efeitos acima mencionados, depende da observância de uma regra não invulgar no direito brasileiro: a cláusula de reserva de plenário, importada do sistema norte-americano de revisão judicial de leis, que expressa a obrigatoriedade de que a declaração de (in)constitucionalidade seja feita por voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal. No Supremo Tribunal Federal, a maioria absoluta traduz o voto de 6 dos 11 ministros que o compõem.

Sucedem que nem sempre, como seria de se esperar em termos ideais, o Tribunal, no julgamento dessas ações, funciona com os 11 ministros, e tal se dá por razões variadas: afastamentos por licenças, impedimentos ou mesmo vacâncias decorrentes de aposentadoria.

Conquanto não se vede que o julgamento se inicie ainda que não presentes os 11 ministros³, o cenário pode levar a situações em que não se atinge a maioria absoluta de votos nem no sentido da inconstitucionalidade da norma tampouco de sua constitucionalidade⁴, como é o caso de *empates* ou de placares em que, não obstante haja a formação de maioria, essa não é a absoluta (por exemplo, julgamento com 9 ministros, com 5 votando em um sentido e 4, em outro).

Nesses casos-limite é que se coloca o problema: como, então, proceder? No Supremo, ao menos no julgamento de duas ações em que esses quadros se desenharam – e que são objeto deste trabalho –, optou-se por simplesmente proclamar o resultado, com as declarações dos votos dados em um sentido e outro, sem atribuir à decisão eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

O que se pretende discutir, delineado esse panorama, é se à Corte é possível a adoção da referida postura sem desnaturar a essência das ações de controle concentrado, e em que medida ou grau, uma vez adotada, ela representa (ou não) a solução mais adequada a pacificar um conflito eminentemente jurídico que se estabelece acerca da *validade jurídico-consti-*

3 Adiante, no tratamento da cláusula de reserva de plenário, far-se-á a necessária distinção entre quórum de sessão e quórum de julgamento.

4 Desde logo se adianta que, conforme comunga a doutrina majoritária, as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade são dúplices, isto é: são ações de sinal trocado, de modo que a procedência de uma representa a improcedência da outra. De toda forma, para a declaração com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, é preciso, como regra geral, o atingimento da maioria absoluta.

tucional de determinado ato normativo em tese. Finalmente, pensa-se se existem alternativas possíveis – excluída, evidentemente, a adotada pelo Supremo – que melhor sirvam à concretização do *standard* neoconstitucional de efetividade da jurisdição constitucional.

2. A REGRA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (FULL BENCH) E OS EFEITOS DECORRENTES DA DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO

Conhecida como *full bench* (ou, ainda, *full cort* ou *in banc*), a cláusula de reserva de plenário tem sua origem na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos que, sobretudo a partir do século 19, “condicionou o julgamento das questões constitucionais à presença de todos os seus membros”⁵. A regra naquele país não está prevista na Constituição, como ocorre no Brasil, e sim no regimento interno da Corte. É que, conforme aponta Leal, “os juristas americanos entendem que inserir na Constituição dispositivos relativos ao quórum necessário para deliberação da Suprema Corte poderia resultar em um engessamento para os trabalhos judiciais”. Dessa forma, completa, “coube à jurisprudência norte-americana construir raciocínio segundo o qual somente se deveria decidir se uma lei é inconstitucional pela maioria dos integrantes da Corte. Essa orientação ganhou o nome de *full bench*”⁶⁻⁷.

São subjacentes à criação da cláusula as ideias de presunção de constitucionalidade de leis, bem como de segurança jurídica (a evitar oscilações

5 CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A Influência Estrangeira na Construção da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/521908>. Acesso em: 10/06/2020.

6 LEAL, Saul Tourinho. *A polêmica do quórum nas decisões do STF*. *Revista Consultor Jurídico*, 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-set-29/polemica-quorum-decisoes-supremo>>. Acesso em 15/06/2020.

7 Também naquela corte estrangeira, à semelhança do que ocorreu no Brasil nas ações que serão comentadas a seguir, houve casos em que não se atingiu o quórum de julgamento da maioria absoluta para deliberação acerca da matéria constitucional discutida. A título de exemplo, recorda-se que, “ao apreciar o caso *Hepburn v. Griswold*, (1870) e *Illinois Cent. R. Co. v. State of Illinois* (1892) a Corte estava desfalcada”, isso, pois, “o Chief Justice Edward Douglass White havia participado do julgamento na instância ordinária e o Justice Samuel Blatchford tivera ligações profissionais com a companhia autora da ação”. Diante disso, mais uma vez aponta Leal, “o jeito foi declarar a inconstitucionalidade do ato questionado valendo-se do voto de somente quatro *justices*, dentre os nove que compunham a Corte”. “Vejam”, alerta Leal, “que não houve maioria formada e mesmo assim o ato foi declarado inconstitucional”.

acerca da validade e eficácia de norma infraconstitucional a partir de maiorias escassas ou inexpressivas) e de autocontenção judicial (*judicial restraint*).

No Brasil, a cláusula, que é verdadeira regra de julgamento, foi introduzida no ordenamento brasileiro na Constituição de 1934⁸. Segundo José Afonso da Silva⁹, a regra se incorporou de forma consistente no direito brasileiro doravante, e, hoje, é prevista no artigo 97 da Constituição de 1988, nos seguintes termos: “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

A regra constitucional é reproduzida na Lei federal nº 9.898/99, que regulamenta o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade. A lei, contudo, não apenas reafirma a necessidade do quórum de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade, como, também, e indo além, prevê a necessidade desse mesmo quórum para declaração de constitucionalidade com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. É daí que a doutrina constitucionalista¹⁰ desenvolveu a compreensão, hoje majoritária, de que essas ações possuem caráter dúplice (são ambivalentes), de modo que a procedência da ação direta de inconstitucionalidade equivale à improcedência da ação declaratória de constitucionalidade e vice-versa.

Os efeitos dessas declarações tomadas pela maioria absoluta dos membros da Corte Suprema são, do mesmo modo, previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional acima mencionada. Na Constituição, a previsão fica a cargo da redação do artigo 102, § 2º, no seguinte sentido:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias

8 Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 53.

10 Por todos, Gustavo Binbenojm: “(...) *assumiu-se, de uma vez por todas, que as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade são ações dúplises. Demais disto, ficou claro que os efeitos das decisões em uma e outra ação são rigorosamente simétricos. Isto significa que a procedência da ação direta de inconstitucionalidade equivale à improcedência da ação declaratória (proclamação da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo) e que a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade equivale à procedência da ação declaratória de constitucionalidade (proclamação a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo)*” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p.199).

de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Pode-se dizer que a atribuição da eficácia *erga omnes* e de efeitos vinculantes a essas ações é sua característica marcante, senão ontológica, sobretudo porque se desenvolvem em processos objetivos, sem partes definidas antagonizando pretensões subjetivas. Assim, como não se prestam a resolver conflitos interpartes, sua finalidade última é pacificar, de forma ampla e vinculante – daí porque é deflagrado o processo concentrado e abstrato pelos legitimados – a controvérsia (jurídica, isto é, de *validade jurídico-constitucional*) existente sobre determinada norma infraconstitucional, abstratamente considerada.

Além da regra de julgamento acima exposta, que leva, naturalmente, à prolação de decisões gerais e vinculantes, a Lei nº 9.898/99 acima mencionada também previu o que a doutrina chama de quórum de sessão, que fixa a quantidade mínima de ministros que devem estar presentes para o início do julgamento. Nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade esse número é de oito ministros.

Como consectário lógico, é possível que determinado julgamento ocorra com menos do que os 11 ministros que compõem a corte e justamente nessas situações que problemas na formação da maioria absoluta podem surgir, seja pelo empate nas decisões (5x5 ou 4x4) ou por maiorias que não são rigorosamente absolutas (5x4; 5x3), conforme se demonstrará a seguir.

As situações levam a questionamentos sobre os limites da cláusula de reserva de plenário, bem como das interpretações que lhe devem ser atribuídas no contexto dos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade.

3. AS DECISÕES QUE NADA DECIDEM: BREVE EXPOSIÇÃO DAS ADIS 4.066 E 4.167 E O PROBLEMA DE FORMAÇÃO DA MAIORIA ABSOLUTA

As ações diretas a seguir comentadas, embora cuidem de objetos distintos, guardam entre si um inusitado ponto de contato: o julgamento de ambas não atingiu a maioria absoluta de seis votos nem pela constitucionalidade nem pela inconstitucionalidade do ato normativo apreciado. Em

outras palavras, não foi possível, pelo quórum de ministros votantes, atingir o mínimo para procedência ou improcedência da demanda, nesse último caso, com a ambivalência própria da declaração de constitucionalidade.

No caso da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.066, de relatoria da ministra Rosa Weber, a discussão de fundo era a (in)constitucionalidade da permissão para extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte de uma das variedades do amianto no Brasil, a crisotila ou o asbesto branco. O ato normativo questionado era a Lei federal nº 9.055/1995, especificamente seu artigo 2º, *caput* e parágrafo único, que veiculava referida permissão.

Sem adentrar aos argumentos que militavam em um ou outro sentido para procedência ou improcedência da demanda, o fato é que o quórum da sessão foi constituído por nove ministros, considerados dois impedimentos declarados. Por sua vez, o seu resultado de julgamento foi de cinco votos pela procedência da demanda, com a declaração de inconstitucionalidade da norma, e quatro votos pela improcedência da demanda.

Diante da situação, em 24 de agosto de 2017, o tribunal não declarou a procedência nem a improcedência do feito e, sem ampliar a discussão, entendeu por proclamar o resultado nos seguintes termos, conforme itens 14 e 15 da longa ementa de julgamento:

(...)

14. Quórum de julgamento constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência da ação direta, a fim de declarar a inconstitucionalidade, por proteção deficiente, da tolerância ao uso do amianto crisotila, da forma como encartada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, em face dos arts. 7º, XXII, 196 e 225 da Constituição da República. Quatro votos pela improcedência. Não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei nº 9.868/1999), maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República), para proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, a destituir de eficácia vinculante o julgado.

15. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, não atingido o quórum exigido pelo art. 97 da Constituição da República para a pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995.

Veja-se que a Corte optou, diante do resultado, por realizar uma proclamação do resultado destituindo a decisão de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante por não se ter atingido a maioria absoluta em nenhum dos dois sentidos. Em outras palavras, a ausência dos efeitos gerais e vinculantes implica a possibilidade de que, pela via do controle difuso, a questão continue a ser debatida nas instâncias ordinárias.

De modo similar, no julgamento da ADI 4.167, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, que discutia a constitucionalidade da Lei federal nº 11.738/2008, a qual instituiu o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, houve empate, de cinco a cinco, quanto à (in)constitucionalidade do dispositivo que cuidava da jornada de trabalho desses profissionais (§ 4º do art. 2º).

Nesse julgamento, participaram dez ministros, diante do impedimento do ministro Dias Toffoli. A solução encontrada pela Corte foi, mais uma vez, destituir de eficácia vinculante e geral o julgamento acerca da matéria, possibilitando que a norma continuasse no ordenamento jurídico, conforme trecho da ementa a seguir transcrito – que espelha julgamento ocorrido em 27/4/2011:

“(...) Em seguida, após o voto do senhor ministro Joaquim Barbosa (relator), que julgava improcedente a ação quanto ao § 4º do artigo 2º da lei impugnada, no que foi acompanhado pelos senhores ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Ayres Britto, e os votos dos senhores ministros Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Marco Aurélio, que a julgavam procedente, foi o julgamento suspenso para aguardar o voto do senhor ministro Cezar Peluso (presidente), nos termos do parágrafo único do artigo 23 da Lei nº 9.868/99. Em 27/4/2011, foi colhido o voto do presidente, ministro Cezar Peluso, que julgou procedente a ação relativamente ao § 4º do art. 2º da Lei nº 11.738/2008, assim, o Tribunal julgou a ação improcedente, por maioria. Quanto à eficácia *erga omnes* e ao efeito vinculante da decisão em relação ao § 4º do art. 2º da Lei nº 11.738/2008, o Tribunal decidiu que tais eficácias não se aplicam ao respectivo juízo de improcedência, contra os votos dos senhores ministros Joaquim Barbosa (relator) e Ricardo Lewandowski”.

Os julgamentos, nos dois casos, foram tidos por encerrados. E aqui reside a discussão que a seguir se pretende enfrentar: se o objeto de uma ação de controle concentrado é fixar, de forma definitiva, geral e vincu-

lante, a (in)constitucionalidade de determinado ato normativo, como é possível encerrar seu julgamento sem atribuir-lhe os efeitos que lhe são próprios em um ou outro sentido? Não sendo a ação destinada a resolver conflito interpartes, se ela não ostenta os efeitos que, repita-se, lhe são inerentes, de que vale o julgamento? Quer-se, ainda, indagar: uma vez provocada a jurisdição constitucional pela regular deflagração de processo de controle concentrado de constitucionalidade, pode o Tribunal chegar a resultado que, na prática, equivalha a um não julgamento? Os argumentos de não formação de maioria absoluta e da presunção de constitucionalidade das leis podem ser usados para usurpar, assim, os efeitos próprios dessas ações?

Essas questões serão adiante analisadas, sobretudo à luz do princípio de vedação ao *non liquet*, ao direito fundamental à prestação jurisdicional, à segurança jurídica, bem como da efetividade da jurisdição constitucional, adiantando-se, para o início da discussão, a provocação lançada pelo professor Celso de Barros Correia Neto: “*deliberar sem efeitos vinculantes, em ADI, é não decidir e, na prática, postergar a decisão para outra oportunidade, aguardando um novo julgamento sobre o mesmo tema. Até lá, a dúvida jurídica remanesce: de que vale uma decisão sem efeitos jurídicos?*”¹¹.

4. ANÁLISE: GARANTIA DA MAIORIA ABSOLUTA E PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS VERSUS O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO NON LIQUET, O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, A SEGURANÇA JURÍDICA E A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Considerada a finalidade precípua de uma ação de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, aliada à análise das características próprias de um processo de natureza objetiva, não é difícil que a solução adotada pela Suprema Corte, nos casos acima expostos, cause perplexidade ou, no mínimo, estranheza.

11 NETO, Celso de Barros Neto. *Com quantos votos se faz uma lei inconstitucional?* Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo publicado em 9 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-09/observatorio-constitucional-quantos-votos-faz-lei-inconstitucional>>. Acesso em 20/6/2020.

Posta a questão em termos práticos, como se admitir, com naturalidade, que ações que levaram anos para serem julgadas definitivamente (no caso da ADI 4.066, proposta em 2/4/2008, com julgamento definitivo somente 15/3/2018 – quase dez anos depois; no caso da ADI 4.167, foi proposta em 29/10/2008, com julgamento definitivo em 14/10/2013 – quase cinco anos depois) desagüem na prolação de decisões que, na prática, de nada valeram? E de nada valeram mesmo: ora, se não foi pronunciada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de forma geral e vinculante, significa que o ato normativo questionado permanece no ordenamento jurídico, produzindo seus regulares efeitos, exatamente da mesma forma quando foi editado e passou a vigor, **como se ação nenhuma tivesse sido proposta**.

Os argumentos principais que militam a favor da solução adotada pela Corte não são desconhecidos: não se atingiu a maioria absoluta (regra da cláusula de reserva de plenário) e, assim, deve vigorar a presunção de constitucionalidade das leis, como uma espécie de autocontenção do Poder Judiciário. Esses argumentos, contudo, se ponderados a outros de igual ou superior relevância, parecem não ser suficientes para sustentar o cenário de (in)decisão judicial.

Criação do direito romano, a expressão latina *non liquet*, nas lições de George Marmelstein, “é uma abreviatura da frase *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*, que significa mais ou menos isso: jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento”. Dessa forma, completa, “ao declarar o *non liquet*, o juiz romano eximia-se da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era tão nítida”¹².

Com a evolução do direito, e aqui restringe-se ao direito brasileiro¹³, desenvolveu-se a proibição ao *non liquet*, de modo que ao julgador é proscrito eximir-se de julgar – ou, em termos mais rebuscados,

12 MARMELSTEIN, George. O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas. Disponível em: <<http://direitos.fundamentais.net/2009/01/07/o-asnode-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>>. Acesso em: 14/6/2020.

13 A proibição, no direito brasileiro, decorre do princípio constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição), bem como de previsões expressas constantes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 4º) e do Código de Processo Civil vigente (art. 140).

dar uma resposta jurisdicional satisfativa e adequada a determinado conflito que lhe seja submetido – sob o argumento de que não há resposta jurídica para o caso. Como afirma Marmelstein, “a utilidade prática da proibição do *non liquet* é inegável. Se o juiz se eximisse de proferir uma decisão toda vez que estivesse em dúvida, haveria grande probabilidade de o sistema entrar em colapso, pois são muitas as situações em que isso ocorre”.

À proibição ao *non liquet* liga-se a ideia de inafastabilidade do controle jurisdicional e, ainda, de um direito fundamental à prestação jurisdicional. Embora sejam direitos normalmente relacionados aos processos de natureza subjetiva, que veiculam pretensões e resistências de partes determinadas, entende-se que não se pode subtrair do processo objetivo de controle concentrado o mínimo de uma pretensão – ao menos coletiva, deflagrada pelo legitimado – de que haja pacificação a respeito de determinada norma jurídica que, potencialmente, desafie o texto constitucional (mesmo porque a norma é produzida para ter efeitos e efeitos que, a evidência, se dirigem sobre algum interesse ou alguém). Em medida ainda que reduzida, existe um anseio – de todo resguardável – de que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, dê sua palavra, com os efeitos que lhe são constitucionalmente inerentes, a respeito da norma que lhe é posta à análise.

Analisadas sob essa ótica, as decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações acima mencionadas e em todos os eventuais e futuros casos em que não haja formação da maioria absoluta em nenhum sentido por redução do quórum de ministros votantes, parecem incorrer no próprio *non liquet* e em uma negação ao direito à prestação jurisdicional (com os temperamentos próprios de um processo objetivo). É que se o desiderato último de uma ação de controle concentrado é produzir uma decisão que ateste ou rejeite a constitucionalidade de determinado ato normativo de forma geral e vinculante, ao deixar de atribuir seus efeitos característicos age a Corte Suprema como se julgamento não tivesse realizado. Deixa de dar a resposta constitucional e juridicamente esperada. Deixa de julgar. Veja-se que aqui não se está a tratar a respeito de qual resposta deva ser dada às situações-limite para a formação de maioria absoluta, mas sim de que, mesmo nesses casos, haja uma resposta (seja pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade), e que ela produza os efeitos tais como dela se esperam em condições normais.

Da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai-se a abrangência da vedação ao *non liquet*, consoante voto proferido pelo ministro Carlos Ayres Britto em um dos precedentes julgados pela corte, e cujo trecho adiante transcreve-se:

se ao Legislativo não se pode impor a obrigação de legislar, ao Judiciário se impõe, sim, a obrigação de julgar. **É proibido, no âmbito do Judiciário, a formulação daquele juízo de *non liquet*, de não resolver a causa. O juiz de qualquer instância, o Tribunal de qualquer natureza tem que solver a questão, liquidar a questão para corresponder a esse prestígio máximo que a Constituição lhes deu ao dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.**¹⁴

Há quem defenda, deve-se registrar, que o princípio de vedação ao *non liquet* não seria de todo absoluto e poderia ser excepcionado em processos objetivos como forma de ampliar o diálogo institucional entre poderes e com a própria sociedade civil. Sustenta-se que “(...) os instrumentos processuais de controle objetivo e abstrato de constitucionalidade voltam-se, antes de tudo, à defesa da higidez da ordem jurídica e, apenas indiretamente, à proteção de direitos específicos de pessoas determinadas. E a ordem jurídica precisa reconhecer a possibilidade de suas instituições dialogarem”. Dessa forma, “reconhecer a possibilidade de *non liquet* permite que o STF compartilhe com os outros poderes e com a própria sociedade o papel de intérprete da Constituição”¹⁵.

De fato, se não se chega a uma resposta pela formação da maioria absoluta constitucionalmente exigida, há indicativos de que ou o debate precisa ser ampliado ou não há razões suficientes para afastar a presunção de que o ato questionado é constitucional (isso se não se criarem alternativas para a definição dessa maioria). Mas tal – e é aqui o ponto de discordância com o argumento acima descrito – não afastaria o dever de a corte dar uma resposta efetiva ao caso, ainda que para reafirmar (se for o caso), de forma ampla e vinculante, a própria constitucionalidade da norma.

14 Cf. STF, HC nº 91.352, rel. min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. em 28/2/2008, DJe-070; grifou-se.

15 KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. RDA. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015, p. 198.

Para além de um julgamento de verdadeiro *non liquet*, decisões que, ao fim e ao cabo, após anos de espera para solucionar o conflito jurídico-constitucional de forma definitiva, ampla e vinculante, não projetam os seus efeitos regulares servem, em outra perspectiva, para incrementar a insegurança jurídica e multiplicar as discussões nas instâncias ordinárias. E para fugir de mera elucubração teórica, o próprio caso da ADI 4.167 acima descrito ilustra a hipótese.

É que, como se mencionou, houve empate a respeito do dispositivo da Lei nº 11.738/2008 (art. 2º, § 4º) que dispunha sobre a jornada de trabalho dos profissionais do magistério da educação básica, de modo que a ação não contou com seus regulares efeitos nem pela constitucionalidade nem pela inconstitucionalidade da norma, isso no ano de 2011. Após a (in)decisão, a discussão se intensificou nas instâncias ordinárias, levando o mesmo Supremo a, em março de 2017, ter de afetar recurso extraordinário representativo da controvérsia¹⁶, que, somente em 29 de maio de 2020, desaguou na definição da tese, no Tema 958 de Repercussão Geral, de que “é constitucional a norma geral federal que reserva fração mínima de um terço da carga horário dos professores da educação básica para dedicação às atividades extraclasse”.

Veja-se, assim, que a insegurança jurídica se agravou não somente pelo tempo que se levou para definição de constitucionalidade de norma controvertida (12 anos desde a propositura da ação direta de inconstitucionalidade em 2008), como também pelos inúmeros feitos que, inevitavelmente, podem ter tido desfechos distintos e transitaram em julgado.

É curioso, nessas decisões, a rigidez com que a Corte interpretou a regra da maioria absoluta, algo que não fizera – e não faz –, a título de exemplo, no controle concreto e difuso de constitucionalidade realizado por seus órgãos fracionários (turmas), aos quais é afastado o dever de submeter a questão constitucional analisada à apreciação do pleno e podem, inclusive, declarar a inconstitucionalidade de norma sem observância da reserva de plenário. De acordo com o Supremo, “o STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência

16 *Leading Case*: RE 936.790.

regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal”¹⁷. Considerado atualmente o alcance do controle difuso realizado pelo Supremo, a interpretação excepcional chama atenção e evidencia uma aleatoriedade no formalismo e rigidez com que a Corte trata uns casos e outros.

De todo modo, afora os argumentos já alinhavados, fato é que também essas decisões parecem não se sustentar diante do postulado de efetividade da jurisdição constitucional, produto do neoconstitucionalismo, que, segundo defende Luís Roberto Barroso, citado por Lynch e Mendonça, obriga “os intérpretes da constituição a produzir sua efetividade no mundo da vida”¹⁸.

Ponderados os argumentos do resguardo à maioria absoluta, bem como à presunção de constitucionalidade das leis com os argumentos, de igual ou superior estatura constitucional, relativos ao direito à prestação jurisdicional, à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição constitucional, parece que se deve dar prevalência a esses últimos. Deve-se, assim, buscar soluções – efetivas – para os impasses havidos nos empates ou nos julgamentos sem formação de maioria rigorosamente absoluta, já que, como bem lembra Zulmar Junior, “o vácuo do poder é sempre preenchido, pelo que se afigura pernicioso, nesses temas, nada decidir, para a matéria ser resolvida, talvez, num jogo de par ou ímpar”¹⁹.

5. ALTERNATIVAS POSSÍVEIS PARA CONCLUSÃO DOS JULGAMENTOS EM CASOS-LIMITE DE AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE MAIORIA ABSOLUTA

Não se encontra na doutrina especializada tratamento sobre o assunto, de modo que as propostas aqui veiculadas pretendem ser pontos de partida para que, chegadas as situações-limite acima descritas, se ob-

17 STF, EDcl no RE nº 361.829/RJ, rel. min. Ellen Gracie, julg. 02/03/2010, DJe 19/3/2010.

18 LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, junho, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000200974&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 jul. 2020.

19 OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. *Voto de qualidade é solução para empate*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo publicado em 6 de maio de 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-06/voto-qualidade-presidente-solucao-empate-stf>>. Acesso em 15 jun. 2020.

tenha uma solução razoável, capaz de dar concretude ao exercício da jurisdição constitucional no julgamento de ações de controle concentrado.

De início, parece importante distinguir a natureza dos afastamentos que culminam em um quórum de ministros votantes inferior aos 11. Em se tratando de afastamento temporários, o próprio regimento da Corte e a Lei nº 9.868/99 trazem solução para a questão, que é a suspensão do julgamento até o retorno do ministro afastado.

Por outro lado, caso se trate, por exemplo, de afastamentos sem previsão de retorno a curto ou médio prazo (como ocorrência com licenças médicas superiores a 30 dias ou vacâncias decorrentes de aposentadoria ou morte) ou, ainda, de impedimentos, que tornam a composição da corte inevitavelmente reduzida, então abrem-se algumas alternativas.

A primeira delas possível para o caso de empates seria a atribuição do voto de qualidade ao presidente da Corte, que teria o condão de resolver, sobretudo, os casos em que as votações ocorrem com dez ministros (surtingo empate 5x5). Nesse caso, o voto de qualidade do presidente serviria para se atingir o quórum de maioria absoluta, sendo possível encerrar o julgamento com a regular produção de seus efeitos.

Aqui, poder-se-ia sustentar, como contra-argumento ao voto de qualidade, que a regra da maioria absoluta prevista no artigo 97 da Constituição Federal e na Lei nº 9.898/99 estaria sendo malferida, porquanto, na prática, estar-se-ia utilizando de um artifício para atingi-la. Esse argumento, contudo, guarda em si uma fragilidade, porque, como bem aponta Zulmar Junior, “o que o preceptivo exige é a composição de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de disposição normativa, independentemente da forma como se chegou a tal maioria, matéria normalmente relegada aos regimentos internos das Cortes”. Completa afirmando que, nesses casos, “o voto de qualidade é atribuído ao presidente da Corte, ungido democraticamente pelos seus pares, para lhes representar e, inclusive, penso seu, no período de sua investidura, assumir maiores responsabilidades, entre elas, dirimir as divergências”²⁰.

Mesmo o voto de qualidade, confessa-se, não resolveria todos as possibilidades de conformação de votos. Isso pois só teria efetivo im-

20 *Op. cit.*

pacto para a formação de maioria absoluta nos casos de empates *five to five*. Para os empates quatro a quatro, quando a Corte se reunir em oito ministros votantes, a situação ficaria sem o atingimento de maioria absoluta. Por outro lado, também não se poderia cogitar de voto de qualidade em situações em que não há empate, mas maioria formada por 5x4 ou 5x3.

Nesses casos é que se ousa propor uma releitura da regra da maioria absoluta, definindo-a, em cada caso, **conforme a composição máxima possível da Corte no momento do julgamento**. Explica-se: desconsideradas as situações de mero afastamento temporário (rapidamente supríveis, a justificar a suspensão dos julgamentos), deve-se ter em conta uma noção de composição máxima possível conforme a natureza de definitividade do afastamento (como impedimentos) ou vacâncias sem previsão mínima de suprimento. Assim, se há dois ministros impedidos, por exemplo (que poderia levar ao resultado 5x4, como ocorreu na ADI 4.066), porque já atuaram como AGU no feito, a composição máxima possível da Corte, por uma situação de natureza não transitória (que é o impedimento), é de 9 ministros. Assim, a maioria absoluta, aqui, de forma excepcional, deve ser tomada como 5. Pode parecer, na realidade, que estar-se-ia falando em uma maioria relativa, considerados os ministros presentes. Mas não: a interpretação é mais sensível, porque considera situações não temporárias, que, para cada julgamento, tornam a composição da Corte inevitavelmente reduzida.

A flexibilização na interpretação da regra da maioria absoluta não parece ser de todo estranha à Corte, que, como se mencionou acima, permite que seus órgãos fracionários realizem o controle difuso de constitucionalidade, apesar da regra do artigo 97 da Constituição Federal (se tomada na literalidade).

Uma solução menos efetiva, contudo, porém possível, evitando o encerramento do julgamento sem resposta jurisdicional, é a suspensão do julgamento, com retomadas periódicas, visando colher dos votantes seus posicionamentos, que podem, como se sabe, sofrer alteração ao longo do tempo. Assim, mantendo a questão *sub judice*, aguardar-se-ia eventual mudança de posicionamento ou composição da Corte para solução da questão.

Como bem pondera Zulmar Junior, o que parece não ser concebível é esse estado de indecisão, por meio do qual a Corte, por uma regra

constitucional que visa a tutelar a higidez do ordenamento jurídico (art. 97), tomada de forma cegamente literal, fica engessada justamente para exercer o seu papel, igualmente constitucional, de guardar a Lei Maior. Daí porque se revela urgente o debate acerca dos casos-limite para pacificação das controvérsias de natureza jurídico-constitucional, sobretudo porque cuidam-se de situações com alta probabilidade de se repetir e, hora ou outra, podem veicular temas de enorme impacto social, em relação aos quais, certamente, não poderia o Poder Judiciário furtar-se de entregar a prestação jurisdicional que lhe é confiada.

CONCLUSÃO

O papel atribuído à jurisdição constitucional é de vital importância para o funcionamento adequado das instituições, do sistema jurídico e da própria sociedade. Dessa forma, decisões proferidas em ADI/ADC sem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, por ausência de quórum de maioria absoluta, representam um verdadeiro não julgamento, um enfraquecimento, portanto, do papel institucional que se atribui ao Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição Federal. Mas não somente enfraquecem o papel da Corte, como também parecem malferir direitos constitucionais basilares, como o direito à prestação jurisdicional, à segurança jurídica, bem como à efetividade da jurisdição constitucional.

Nesse particular contexto, não parece que a regra constitucional da maioria absoluta tenha sido pensada pelo legislador constitucional como uma barreira para impedir o próprio exercício da jurisdição constitucional (no controle concentrado) em situações-limite como as narradas nas linhas acima (de empates e maiorias não absolutas por impossibilidade efetiva de quórum de ministros votantes). Aqui, em um *jogo* de ponderação, a busca por alternativas que não desnaturem a essência das ações de controle concentrado e tenham o condão de pacificar a controvérsia que surge sobre a validade/legitimidade jurídico constitucional de determinado ato normativo é o caminho que deve ser prestigiado.

Daí porque se propuseram, ao final, alternativas para solucionar os impasses, como a adoção do voto de qualidade nas ações de controle concentrado ou mesmo uma interpretação flexível da regra da maioria absoluta em casos cuja excepcionalidade de quórum a exija.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2010.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. *A Influência Estrangeira na Construção da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/521908>. Acesso em: 10/6/2020.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandes. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. RDA. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

LEAL, Saul Tourinho. *A polêmica do quórum nas decisões do STF*. *Revista Consultor Jurídico*, 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-set-29/polemica-quorum-decisoes-supremo>>. Acesso em 15/6/2020.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, junho, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000200974&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 jul. 2020.

MARMELSTEIN, George. *O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>>. Acesso em: 14/6/2020.

NETO, Celso de Barros Neto. *Com quantos votos se faz uma lei inconstitucional?* *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, artigo publicado em 9 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-09/observatorio-constitucional-quantos-votos-faz-lei-inconstitucional>>. Acesso em 20/6/2020.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. *Voto de qualidade é solução para empate*. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, artigo publicado em 6 de maio de 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-06/voto-qualidade-presidente-solucao-empate-stf>>. Acesso em 15 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36^a. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 53.

O CONTRADITÓRIO E O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO: EXPLORANDO O DIREITO À CONTRADIÇÃO NA ATUALIDADE

Lucas Soares de Oliveira¹

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. As premissas à compreensão moderna do contraditório: o modelo constitucional de processo. 3. A evolução do contraditório. 4. As múltiplas facetas do contraditório: conteúdo, modo de exercício e funções. 5. O contraditório no Código de Processo Civil de 2015: desafios e possibilidades. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO O presente artigo destina-se a analisar o direito fundamental ao contraditório. Para tanto, adota como premissa o modelo constitucional de processo civil. No decorrer do trabalho, busca-se analisar as múltiplas faces do contraditório em seu conteúdo, modo de exercício e funções. Sedimentado tal esforço dogmático, objetiva-se trazer a discussão às normas do Código de Processo Civil de 2015, analisando os desafios e possibilidades em torno da temática. Por fim, conclui-se que a cultura judiciária representa um condicionante à plena efetividade do novo modelo de contraditório adotado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: contraditório; modelo constitucional de processo; código de processo civil de 2015; – normas fundamentais; direito comparado.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

ABSTRACT This article is intended to analyze the fundamental right to be heard. Therefore, it adopts as a premise the constitutional model of civil procedure. In the course of the work, we seek to analyze the multiple faces of the right to be heard in its content, mode of exercise and functions. Once this dogmatic effort has been established, the objective is to bring the discussion to the rules of the Civil Procedure Code of 2015, analyzing the challenges and opportunities around the theme. Finally, it is concluded that the judicial culture represents a condition for the full effectiveness of the new fundamental right to be heard model adopted by the Code of Civil Procedure of 2015.

Keywords: right to be heard; constitutional model of civil procedure; civil procedure code of 2015; fundamental rights – comparative law.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o direito fundamental ao contraditório no processo civil brasileiro.

O artigo adota como premissa básica o modelo constitucional de processo civil pelo qual se estabelece uma relação de recíproca influência entre Constituição e normas infraconstitucionais, guiando-se essas últimas pelas regras, princípios e postulados eleitos pela primeira. Com essa perspectiva impõe-se ao processo (e à sua disciplina) condições mínimas de juridicidade e legitimidade democrática, sendo tais atributos necessários à construção do raciocínio subjacente a este texto.

Acolá da explanação a respeito das premissas de estudo-base, o escrito estrutura-se em três partes.

A primeira cuida de estabelecer a evolução histórica do contraditório, traçando considerações a respeito das diversas – e sinuosas – compreensões que o instituto mereceu ao longo do tempo.

Na segunda, busca-se desenvolver os múltiplos vieses de abordagem do contraditório, trabalhando o seu conteúdo, o seu modo de exercício e as suas funções.

Na terceira, já assentadas as ideias básicas a respeito do instituto, trabalha-se o contraditório na perspectiva do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), apontando-se os desafios e as possibilidades (alvisareiras ou malsinadas) que despertam o interesse na matéria.

Enfim, mercê de uma metodologia explicativa e exploratória,² busca-se demonstrar que os desafios à plena eficácia social (ou efetividade) do direito fundamental ao contraditório vão além do plano legislativo ou doutrinário. Atrelam-se, pois, às posturas dos atores processuais, sobretudo do Estado-juiz. Assim, apenas com a adoção integral e estudada das novas conformações do contraditório é que a estampa da garantia terá substancial eficácia no Código de 2015.

2. AS PREMISSAS À COMPREENSÃO MODERNA DO CONTRADITÓRIO: O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

É cada vez mais comum se encontrar na doutrina a afirmação de que o processo civil *constitucionalizou-se*. Muito além de um mero reforço externo à “reserva legislativa”, a imersão do processo civil nos paradigmas constitucionais busca consagrar um verdadeiro *modelo constitucional de processo civil*, no qual se imponha ao processo – e à sua disciplina – condições mínimas de juridicidade e legitimidade democrática.³ Nessa quadra, as relações entre processo e Constituição são pautadas em recíprocas implicações, na medida em que se deve proceder ao preenchimento axiológico dos espaços deixados pelo abstracionismo de matiz pandectista, colmatando-os com os valores constitucionais. O estudo do processo passa a se guiar pelas garantias constitucionais; pela equação entre processo e Constituição, na perspectiva dos direitos fundamentais; pela limitação ao poder arbitrário do Estado; pela adoção de uma metodologia interpretativa e concretizadora dos direitos fundamentais; e pela assunção de um corte racional-democrático de cariz cooperativo e participativo dentro do processo.⁴

2 Como se sabe, a pesquisa explicativa objetiva analisar e interpretar os fenômenos em estudo, identificando seus fatores ou suas causas determinantes. Já a pesquisa exploratória é o procedimento que proporciona mais informações sobre a temática da pesquisa, dando forte ênfase à revisão de literatura e à pesquisa bibliográfica. No presente artigo predomina o viés exploratório, seguindo-se, em certos pontos, a metodologia explicativa. SANTOS, Pedro Antonio dos; KIENEN, Nádia; CASTIÑEIRA, Maria Inés. *Metodologia da Pesquisa Social*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 99 e ss.

3 Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. In: *Studi in onore di Luigi Montesano*. Padova: Cedam, 1997, v. II, p. 92.

4 A respeito do modelo constitucional de processo e sua configuração, cf. ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, *passim* e O modelo constitucional

Com base nessa premissa metodológica, o estudo do procedimento como ferramenta garantística do contraditório ganha relevo. Com efeito, deve-se compreender o procedimento como “a espinha dorsal do processo”⁵. Por ter essa qualidade estrutural, desaguarão no processo os valores e princípios dominantes em dada sociedade. Analisado com rigor, percebe-se que, no viés externo, as bases do procedimento se ligam aos fins do processo, de modo a formar um conjunto de valores (justiça, segurança, paz social, efetividade, *fair trial etc.*) que guiará o trajeto processual; já sob o ângulo interno, as bases do procedimento se lastreiam no formalismo, no fator temporal e no contraditório.⁶ Abandona-se, pois, a ideia de

do processo civil brasileiro contemporâneo. *In*: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.). **Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, *passim*; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *In*: **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1-15; MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 41; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1973, *passim*; SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 45-47; DINAMARCO, Cândido Rangel; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 37-40; ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 8, 9 e 47; CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010, *passim*, entre outros tantos autores. Nesse mesmo sentido, o direito comparado é rico em lições, cf. ANDOLINA, Italo; e VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni**. Turim: Giapicchelli, 1990, *passim*; COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *In*: **Studi in onore di Luigi Montesano**. Padova: Cedam, 1997, v. II, p. 92; CAPPELLETTI, Mauro. Le garanzie costituzionale delle parti nel processo civile. *In*: **Giustizia e società**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 339-386; COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma, 1976, p. 148-161; GUINCHARD, Serge. Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile. *In*: **Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai**. Paris: Dalloz, 2000, p. 355-368; p. 34; CADIET, Loïc. La légalité procédurale en matière civile. **Bulletin d'information de la Cour de cassation**, n. 636, 15 mar. 2006, p. 3-19; PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 17-38; OVALLE FAVELA, José. **Garantías constitucionales del proceso**. 3. ed. México: Oxford, 2007, pp. 209-244, entre tantos outros.

- 5 A expressão é de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (**Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153 e 155 *et seq.*).
- 6 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87 *et seq.* Registre-se, com efeito, que o procedimento, a despeito de constituir a principal base interna do formalismo, não basta isoladamente. Ele, *per se*, constitui “um pobre esqueleto sem alma” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156). Nessa senda, torna-se imprescindível a regulação das partes e do órgão jurisdicional de forma conexa ao contraditório e ao fator temporal.

que o procedimento é mero encadeamento formal de atos direcionado a produção de certos efeitos. O procedimento não se esgota em tal formalismo nu e cru. Se é verdade que a forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia às partes;⁷ é igualmente verdade que a análise da forma desacompanhada do contraditório redundará em rigorismos formais indesejados.

Em sintonia de ideias, já observara prestigiosa doutrina que há “processo sempre e onde houver procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados”.⁸ A essência desse procedimento em contraditório encontra-se na “posição simetricamente igual”⁹ das partes na produção dos atos que preparam o provimento, pois, como interessados e destinatários, sofrerão seus efeitos.¹⁰

Nesse cenário, curial ter em mente que, à luz dos ideais de democracia participativa, o processo se torna um espaço privilegiado de exercício direto do poder pelo povo.¹¹ O valor participação é potencializado no processo e, por consequência, o contraditório assume importância sem precedentes. Por isso, almejando-se discutir saídas a um processo civil de matizes democráticos, a análise do papel do contraditório é crucial. A importância do tema se alarga, pois, o instituto vem sofrendo, de tempos para cá, constantes releituras, todas com o desígnio de abrir as portas do Judiciário ao diálogo, despolarizando o processo e estabelecendo novas faces à justiça. Tais rearranjos não encontram uníssona aceitação na prática forense (ou mesmo em debates acadêmicos), de modo que, para alguns, teriam mero valor teórico, sendo desprovidos de normatividade e aplicabilidade fática.

7 Já dissera importante conselho doutrinário que, bem-equalizado o conceito de “*fattispecie giuridica processuale*”, torna-se forçoso reconhecer que a forma é garantia (CONSO, Giovanni. *Il Concetto e le specie d’invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*. Milano: Giuffrè, 1972, *passim*).

8 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e Teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 98.

9 A expressão é de Elio Fazzalari (*Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996, p. 88).

10 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e Teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 98.

11 RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na constituição da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105.

Desse modo, o presente artigo, com a premissa metodológica do modelo constitucional de processo, debruçar-se-á na análise do diálogo judicial dentro da perspectiva moderna de contraditório, cuja essência necessariamente se liga ao formalismo processual. Se obtiver êxito, ao final, demonstrar-se-á que a garantia do contraditório implica verdadeira democratização do processo, a impedir que o poder oficial do órgão judicial e a aplicação de regras processuais leoninas venham a transformar o processo em instrumento de opressão e autoritarismo, servido, no mais das vezes, de um malsinado tecnicismo que tem condão de obstar a efetiva e correta aplicação do Direito. Contudo, ficará assentado, também, o quão desafiadora é a implementação dessa lógica dialogal na realidade judicial vivenciada nos dias de hoje.

3. A EVOLUÇÃO DO CONTRADITÓRIO

O contraditório, por longo período, foi visto pela doutrina e jurisprudência como uma simples garantia formal da audiência bilateral (*audiatur et altera pars*). Esse vislumbre pode ser constatado na clássica – e tão repetida – definição de José Canuto Mendes de Almeida, para quem o contraditório se satisfazia na mera “ciência bilateral dos atos e termos e a possibilidade de contrariá-los”.¹² Trata-se de manifestação rudimentar que se contentava com o binômio “informação + reação”. Hoje, porém, tal concepção é, corretamente, considerada incompleta.¹³

Segundo a doutrina clássica, alerta Andrea Proto Pisani, o conteúdo necessário e suficiente da garantia do contraditório consistia em colocar a outra parte na possibilidade de contradizer. Alerta o autor que, nesse quadro da história do instituto, fitava-se tão só assegurar a igualdade das partes no processo e explorar a contradição e o embate, deixando o juiz em melhores condições de decidir.¹⁴ Essa visão acerca do contraditório

12 *A contrariedade na Instrução Criminal*. Tese de concurso à Livre-Docência. São Paulo: USP, 1937, n. 80, p. 110.

13 Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158; e, didaticamente sobre tal superação, MEDINA, José Miguel García. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. *Revista de Informação Legislativa*, n. 190, Ano 48. Brasília: Senado Federal, abril/junho 2011, p. 297.

14 Cf. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Cedex, 2002, p. 203.

remonta ao positivismo da segunda metade do século 19 e da primeira metade do século 20. A lógica jurídica rígida, vigente à época, encarregou-se de esvaziar a função axiológica do contraditório, desclassificando-o como mero princípio formal – o que, à luz da teoria dos princípios preponderante à época, significava estimar muito pouco o contraditório. À guisa de ilustrar a visão que se tinha do instituto, lembre-se que, nas décadas de 20 e 30 do século passado, expressivos autores, do quilate de Francesco Carnelutti e Emilio Betti, criticaram acintosamente a generalização do contraditório. Emilio Betti, por exemplo, chegou a afirmar que uma decisão justa poderia ser atingida sem a cooperação ou diálogo com as partes – algo que hoje parece impensável (e impossível). Na Alemanha nazista, chegou-se a defender a supressão completa do contraditório no processo civil e a absorção do “processo de partes” no procedimento oficioso de jurisdição voluntária.¹⁵

Após o segundo pós-guerra, com a reconstrução do Estado de Direito, iniciam-se os movimentos de constitucionalização dos direitos, fortificando-se a ideologia kantiana acerca da primazia da pessoa humana e da eficácia concreta dos direitos fundamentais.¹⁶ As garantias processuais, nesse panorama, passaram a encontrar morada constitucional. O contraditório passou a constar explícita ou implicitamente nas constituições modernas, como da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, em seu art. 5º, inc. LV. Com essa guinada, explica Leonardo Greco, o contraditório deixa a categoria de princípio processual e passa a representar no processo judicial “a expressão garantística do princípio da participação democrática, ganhando em conteúdo e deixando de ser apenas uma regra que impunha a marcha dialética do

15 É o que noticia a doutrina, cf. PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LIII, n. 3, p. 673-681. Padova: Cedam, julho/setembro 1998, p. 677; GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 543; NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista síntese de direito civil e processual civil*. vol. 5, n. 29, p. 73-85. Porto Alegre: Síntese, maio/junho 2004, p. 75; e CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. *In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus Jurídico, 2011, p. 193 e 194.

16 Para uma compreensão crítica a respeito do fenômeno e de suas consequências no Direito (público ou privado) como um todo, cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, *passim*.

processo para desdobrar-se em uma série de regras de observância obrigatória porque representativas do direito de influir nas decisões estatais que visem produzir efeitos na sua esfera de interesses”.¹⁷ Esse é o grande salto: “de princípio a garantia fundamental”.¹⁸ O contraditório, nessa perspectiva, não mais se cinge às partes, mas se transforma em uma “ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz”.¹⁹ Destarte, por meio do princípio da participação democrática, garante-se uma decisão “em média” mais justa, pois, resultado do diálogo trilateral entre ator-réu-juiz.²⁰ Com o processo de constitucionalização do contraditório, a nova percepção do instituto teve reflexos no art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês; nos arts. 3º e 569º, n. 1, do Código de Processo Civil português; no art. 101 do *Codice di Procedura Civile* italiano; e no § 139 do ZPO alemão.

Desse modo, a virada histórica na compreensão do contraditório passou pelo devido encaixe de seu substrato no rol de direitos fundamentais processuais, fruto da constitucionalização do processo. O contraditório, para além de mero princípio formal, reestruturou-se como “a trave mestra do sistema processual civil”.²¹ Com a evolução de sua compreensão, o escopo principal do contraditório deixa de ser a *defesa*, no sentido negativo (isto é, oposição ou resistência à atuação alheia), para passar a ser a *influência*, no sentido positivo, consubstanciando o direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo.²² E é nessa toada que o juiz, embora dirija processual e materialmente

17 **Jurisdição voluntária moderna**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 32 e 33.

18 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 544.

19 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 544.

20 Para uma abordagem do contraditório como método de solução justa do processo, cf. GENTILI, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 745-762, Milano: Giuffrè, 2009, *passim*; CONSOLO, Claudio; e GODIO, Federica. In: COMOGLIO, Luigi Paolo, *et al.* **Commentario del Codice di Procedura Civile**. Torino: Utet, 2012, v. II, p. 38; e GIORDANO, Andrea. Aspetti generali. In: VIOLA, Luigi (coord.). **Codice di Procedura Civile: schema dell'iter procedimentale: approfondimenti di dottrina e giurisprudenza: formulário**. 2. ed. Padova: Cedam, 2013, p. 25.

21 PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto. **Direito Processual Civil**. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 17.

22 LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao processo civil**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 109.

o processo, agindo ativamente, fá-lo-á de maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões. Não há mais espaço para dúvida: “toda condução do processo dá-se com a observância, inclusive com relação ao próprio juiz, do contraditório”.²³

4. AS MÚLTIPLAS FACETAS DO CONTRADITÓRIO: CONTEÚDO, MODO DE EXERCÍCIO E FUNÇÕES

O processo, em síntese, é a organização jurídica do contraditório; é o contraditório em seu desenvolvimento.²⁴ Conforme destaca Luigi Paolo Comoglio, “é encampada e bem enraizada em nossa tradição a ideia de que a antítese dialética de pelo menos dois sujeitos, em posição oposta, seria um componente essencial – mesmo uma condição definitiva – do processo contencioso”.²⁵ Em virtude da relação umbilical entre processo e contraditório, a complexidade do fenômeno processual induz à complexidade do elemento dialético, que, hodiernamente, assume uma admirável feição poliédrica. Nessa senda, a doutrina,²⁶ no trato do *conteúdo do contraditório*, costuma apontar diversos desdobramentos da referida garantia processual, sendo esses os alvos de investigação nas linhas seguintes.

O primeiro desdobramento do contraditório é o da tradicional audiência bilateral. Lembra Leonardo Greco que o sentido moderno da *audiatur et altera pars* é o de adequada e tempestiva notificação do ajuí-

23 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 82.

24 MONTELEONE, Girolamo Alessandro *apud* GRASSELLI, Giorgio. *Il nuovo processo di cognizione: problematiche e questioni dalla fase preliminare all’udienza di trattazione*. Padova: Cedam, 2012, p. 22.

25 Tradução livre de: “È risalente e ben radicata nelle nostre tradizioni l’idea secondo la quale l’antitesi dialettica di almeno due soggetti, in posizione contrapposta, sarebbe una componente essenziale — addirittura, una condizione definitiva — del processo contenzioso”. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Contraddittorio*. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. Torino: Utet, 1989, v. IV, p. 1.

26 Cf. PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LIII, n. 3, p. 673-681. Padova: Cedam, julho/setembro 1998, *passim*; e GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, *passim*.

zamento da causa e de todos os atos praticados no curso do processo, por meio de comunicações preferencialmente reais.²⁷

Além disso, a *audiatur et altera pars*, na coeva acepção, deve ser compreendida como “direito de ser ouvido”, cujo conteúdo é mais extenso do que o mero “direito de falar”. Não à toa encontra-se nos textos jurídicos de língua inglesa a expressão *right to be heard* (direito de ser ouvido) e nos de língua germânica a expressão *rechtliches Gehör* (direito de ser ouvido), funcionando, ambas, como sinônimos do direito fundamental ao contraditório.²⁸

A audiência bilateral impõe também a ampla possibilidade de se manifestar sobre os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem prévia audiência das partes. Trata-se do que se convencionou chamar de “contraditório participativo”.²⁹ Com efeito, o contraditório, para ser eficaz, deve ser *prévio*, isto é, anterior a qualquer decisão, devendo sua postergação (*v. g.*, por meio de liminares cautelares ou antecipatórias de tutela) ser excepcional e fundamentada na zelosa ponderação dos riscos em jogo. Corrado Ferri, citado por Leonardo Greco, chega a afirmar que “o prévio contraditório é um instrumento de civilidade jurídica e o contraditório *a posteriori* distorce e reduz o sentido da garantia”.³⁰ Assim sendo, reconhece-se que, mesmo em se tratando

27 Cf. O princípio do contraditório. *In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 547.

28 Cf. FERRAND, Frédérique. **Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and Civil Procedure**. International Association of Procedural Law Seoul Conference of 2014. Seoul: International Association of Procedural Law, 2014, p. 10.

29 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 544. Há quem critique o uso da expressão “contraditório participativo”, acoimando-a de redundante. Para os críticos, o contraditório, *per se*, já implica participação e, por isso, jamais se poderia pensar em um contraditório que não seja participativo. Nesse sentido, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 62. Sem embargo da autoridade dos defensores da tese, a história desmente o argumento de que não existe contraditório que não seja participativo. Por muito tempo, como se viu, o contraditório foi enxergado no âmbito das possibilidades, isto é, da possibilidade de contradizer. A perspectiva formal do contraditório não autorizava a conclusão de que todo o contraditório seria participativo. Assim, a doutrina que talha a expressão “contraditório participativo” busca, justamente, atestar que a essência do contraditório é a participação; um reforço semântico à garantia do contraditório que, além de não trazer prejuízo, em termos de linguagem, habitua a prática forense a sua essência.

30 O princípio do contraditório. *In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 547.

de temas a respeito dos quais deva o juiz se manifestar *ex officio*, deve o órgão jurisdicional, atento à garantia do contraditório, ouvir a parte contrária, evitando-se, assim, a prolação de “decisões-surpresa”.³¹

Dessa forma, a audiência bilateral, enquanto faceta do contraditório, deve apresentar-se mercê da adequada comunicação dos atos e termos processuais, bem como da garantia de influência prévia do diálogo na decisão, inibindo-se as “decisões-surpresa” e afastando-se o contraditório do mero direito de falar, de modo a compreendê-lo como poder-dever de ouvir.

O segundo componente essencial à garantia do contraditório se traduz no “direito de se defender provando”,³² ou melhor, no direito de apresentar alegações, propor provas, participar de produção de provas requeridas pelo adversário ou determinadas *ex officio* pelo juiz, discutir (escrita ou oralmente) as provas produzidas e interferir na sequência dos resultados mediante a proposição de todas as providências úteis à defesa de seus interesses.³³ Com efeito, de nada valeria estabelecer a garantia do acesso à justiça e do contraditório se tais normas se limitassem à prerrogativa de alegação, sem abranger a eventual necessidade de prova do quanto se alegou. O direito à prova – alertam Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga – “é conteúdo do direito fundamental ao contraditório”.³⁴ Alia-se, dessa forma, a necessidade de adequada participação no processo com a efetiva influência no provimento jurisdicional (*einwirkungsmöglichkeit*).

31 A vedação às “decisões-surpresa” já encontrava previsão legal no § 139 do ZPO alemão, comentado por Othmar Jauernig (*Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 143) da seguinte maneira: “as partes têm de poder exprimir os pontos de vista jurídicos em que o tribunal quer apoiar suas decisões. Devem ser evitadas, assim, decisões-surpresa”. A norma alemã tem paralelo no ordenamento italiano (art. 101, 2º, *Codice di Procedura Civile*) e no português (art. 3º, n. 3, Código de Processo Civil). O novo Código brasileiro, outrossim, passa a prever norma semelhante às aqui expostas em seu art. 10.

32 Cf. CONSOLO, Claudio; e GODIO, Federica. *In: COMOGLIO, Luigi Paolo, et al. Commentario del Codice di Procedura Civile*. Torino: Utet, 2012, v. II, p. 37-43, esp. p. 40.

33 Cf. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, n. 14, Ano VII, p. 9-68, abril 2002, p. 23; e CONSOLO, Claudio; e GODIO, Federica. *In: COMOGLIO, Luigi Paolo, et al. Commentario del Codice di Procedura Civile*. Torino: Utet, 2012, v. II, p. 40.

34 *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 41.

A terceira projeção indispensável do contraditório é da congruidade ou razoabilidade dos prazos. O processo justo atribui ao juiz o poder-dever de, sem prejuízo da sua tempestividade, equacionar os prazos de acordo com as necessidades defensivas da parte, que se modificam conforme as circunstâncias da causa e as imposições do próprio direito material.³⁵ De tal modo, deve-se garantir que as partes tenham prazos suficientes para que os seus atos possam ser efetivamente proveitosos e influir na defesa dos seus interesses junto à autoridade judiciária.

Enfim, o quarto aspecto fundamental do contraditório participativo é a igualdade concreta de armas (*waffengleichheit*). Claudio Consolo e Federica Godio, comentando o art. 101 do *codice* italiano, explicam que só há contraditório quando as partes se encontram em condições de igualdade “mútua e simétrica”, seja no âmbito formal, seja no âmbito material.³⁶ Não à toa Elio Fazzalari,³⁷ ao investigar as bases do processo, dissera que a essência do procedimento em contraditório se encontra na “posição simetricamente igual” das partes na produção dos atos que preparam o provimento, pois, como interessados e destinatários, sofrerão seus efeitos. Portanto, a paridade de armas (*par conditio*), por intermédio do equilíbrio de forças entre as partes, garante a efetividade do contraditório, evitando-se que, ao invés de diálogo, tenha-se imposição de uma parte sobre a outra.³⁸

Superada a análise do conteúdo do contraditório, urge tecer alguns comentários quanto ao seu *modo de exercício*.

O contraditório, decerto, jamais poderá ser remetido à apreciação discricionária do juiz nem à mera iniciativa das partes, mas deve ser normativamente garantido em todo espaço processual. Aqui residem duas importantes facetas da garantia: o contraditório como um expediente de

35 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 549.

36 Cf. *In: COMOGLIO, Luigi Paolo, et al. Commentario del Codice di Procedura Civile*. Torino: UTET, 2012, v. II, p. 38 e 39.

37 *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996, p. 88.

38 Vale registrar, como faz Leonardo Greco, que a posição de intensa inferioridade de alguns sujeitos processuais pode exigir, em nome da garantia da *par conditio*, a intervenção judicial ou mesmo do Ministério Público, no afã de reequilibrar a balança de poderes processuais, sem, porém, descambar-se na parcialidade de tais órgãos (O princípio do contraditório. *In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 550 e 551).

influência na decisão judicial³⁹ e o contraditório como um mecanismo de prevenção às saídas processuais súbitas⁴⁰. O direito de ser ouvido pelo juiz se opera não só mediante o confronto das partes, mas, também, por meio do dever atribuído ao magistrado de propiciar a *influência* dos atores processuais nas decisões tomadas, deixando-se *influir*. Na mesma esteira, ao magistrado é imposto o dever de debate *preventivo* com as partes sobre todas as questões a serem levadas em consideração nos proventos.⁴¹ Tudo isso sob a égide de uma *visão cooperativa de processo*, calcada na ideia de uma “comunidade de trabalho”.⁴²

Como se pode ver, o contraditório se conecta diretamente a outros princípios. É o exemplo do princípio da ampla defesa e do princípio da colaboração. A ampla defesa, na doutrina, é tradicionalmente apontada como princípio autônomo em relação ao contraditório, embora se lhes reconheça conexão, na medida em que a ampla defesa qualifica o contraditório, inexistindo esse sem aquela, pois, o contraditório “é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, essa se realiza por meio do contraditório” e vice-versa.⁴³ Do mesmo modo, pense-se a colaboração.

39 Cf. CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus Jurídico, 2011, pp. 197-201 e Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 60, p. 449-463, Padova: Cedam, 2005, *passim*; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de Processo*, v. 168, p. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2009, *passim*; e THEODORO JR., Humberto; e NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do Contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, n. 28, p. 177-206, jan./jun. 2009, p. 184-191.

40 Cf., texto e notas, CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, p. 74-103, 2001, p. 100 e 101.

41 Cf. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista síntese de direito civil e processual civil*. vol. 5, n. 29, p. 73-85. Porto Alegre: Síntese, maio/junho 2004, p. 78.

42 Cf. LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 153; e MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

43 MENDONÇA JR., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55. Em sentido contrário, Fredie Didier Jr. obtém que “[a]tualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental. A ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 86).

O princípio da colaboração (ou da cooperação) implica alguns deveres impostos àqueles que participam do processo, em especial às partes e ao juiz. Entre tais deveres, encontram-se: (i) o *dever de esclarecimento*, consistente na obrigação de o juiz esclarecer às partes eventuais dúvidas sobre alegações, pedidos ou postulações, bem como das partes de redigirem suas petições com clareza e coerência; (ii) o *dever de consulta*, representado na obrigação de o juiz ouvir as partes sobre as questões de fato e de direito que possam influir no julgamento da causa; (iii) o *dever de prevenção*, plasmado na necessidade de o magistrado apontar eventuais deficiências processuais sanáveis, desde que não haja comprometimento de sua imparcialidade; (iv) o *dever de auxílio*, caracterizado pela postura conciliadora e dialogal do juiz no âmbito de dificuldades (eventuais) enfrentadas pelas partes, de modo a auxiliá-las na superação da barreira que lhes tolha o exercício de seus direitos, deveres, faculdades ou ônus processuais, sempre, porém, obsequioso aos limites da imparcialidade; e (vi) o *dever de correção e urbanidade*, afeto não só ao juiz, mas a todos os sujeitos do processo, cuja atuação deve se dar de maneira adequada, ética e respeitosa, de forma obsequiosa aos deveres de lealdade e à busca da verdade processual, em prol da solução justa e adequada do litígio.⁴⁴ O contraditório, assim, qualifica o princípio da colaboração e *vice-versa* – assim como acontece na relação daquele com a ampla defesa. À evidência, o contraditório constitui elemento de ação da colaboração, assim como essa garante a ocorrência do *contraditório forte* no modelo cooperativo de processo.⁴⁵ e⁴⁶ Essas conexões, por fazerem parte do sentido moderno do contraditório, não podem ser esquecidas no curso de seu estudo.

44 Sobre o tema, cf. TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65-67; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, *passim*; e MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, *passim*.

45 Sobre o tema, é deveras oportuna a leitura do brilhante livro de Daniel Mitidiero (*Colaboração no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).

46 Não se olvide que há prestigiosa doutrina que advoga a inexistência de autonomia do princípio da colaboração. Flávio Luiz Yarshell, por exemplo, sugere que a colaboração é uma faceta do princípio do contraditório; uma dimensão específica do dever de diálogo (cf. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, v. I, p. 111). A tese do distinto professor é coerente e não causa prejuízo às demais elaborações doutrinárias a respeito da colaboração, apenas alocando o tema dentro da análise do contraditório. Por outro lado, há, também, quem não veja normatividade no princípio da colaboração, negando-lhe efeitos jurídicos e, até mesmo, sinalizando a sua falta de operacionalidade (STRECK, Lenio Luiz;

Esse multifacetário cenário dá colorido à ideia de recíproco condicionamento e controle das partes e da atividade do órgão jurisdicional, a apontar algumas *funções assumidas pelo contraditório*, quais sejam, de: (i) proteger e estimular a igualdade substancial das partes;⁴⁷ (ii) promover o interesse público e privado na descoberta da verdade possível e da realização da justiça;⁴⁸ (iii) impor de um termômetro de confiabilidade na decisão, possibilitando racionalizar o processo e evitar a ocorrência de erros materiais ou atos extrinsecamente nulos;⁴⁹ (iv) conferir legitimidade democrática à decisão, uma vez que elucubrada à luz dos cânones da democracia participativa e mediante um método dialogal tendente à justiça;⁵⁰ (v) limitar o objeto de decisão judicial, agindo em par com a regra da congruência entre a causa de pedir e o pedido exposto na postulação autoral com a motivação e o próprio dispositivo da sentença;⁵¹ e (vi) garantir uma sequência ordenada e dialética de atos, com o poderoso condão de conter o arbítrio do juiz-função que, ao mesmo tempo em que limita o órgão jurisdicional, garante com sua atividade a participação efetiva e igualitária das partes.⁵²

e MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, vol. 213, ano 37, p. 13-34. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2012).

- 47 Cf. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 550; PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Cedej, 2002, p. 204; CONSOLO, Claudio; e GODIO, Federica. *In: COMOGLIO, Luigi Paolo, et al. Commentario del Codice di Procedura Civile*. Torino: Utet, 2012, v. II, p. 38 e 39; e FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996, p. 88.
- 48 Cf. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Cedej, 2002, p. 204 e 205; e GENTILI, Aurelio. Contradditorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 745-762, Milano: Giuffrè, 2009, *passim*, este último com uma série de referências à jurisprudência italiana sobre tema (ver nota de rodapé n. 7).
- 49 Cf. CONSOLO, Claudio; e GODIO, Federica. *In: COMOGLIO, Luigi Paolo, et al. Commentario del Codice di Procedura Civile*. Torino: Utet, 2012, v. II, p. 40.
- 50 Cf. RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na constituição da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105; e GENTILI, Aurelio. Contradditorio e giusta decisione nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 745-762, Milano: Giuffrè, 2009, *passim*.
- 51 Há muito já se lia tal compreensão em ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Il nuovo diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1942, t. I, pp. 359 *et seq.* Mais modernamente, cf. ANDRIOLI, Virgilio. *Diritto processuale civile*. Napoli: Cedej, 1979, v. I, p. 228; e MANDRIOLI, Crisante. *Diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 2005, v. I, p. 117.
- 52 Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159; e PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Cedej, 2002, p. 205.

É de se concluir, então, que, à luz da mais moderna interpretação do contraditório, mesmo a vontade do juiz não se exhibe totalmente soberana, na medida em que condicionada, de um ou outro modo, à vontade e ao comportamento das partes, pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância – e isso sem adentrar nos limites impostos pelo próprio sistema. A vontade e atividade das partes, outrossim, tende a se adequar aos estímulos decorrentes do comportamento do juiz e do adversário. Por tudo isso, advertia Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,⁵³ “o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques”.

5. O CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: DESAFIOS E POSSIBILIDADES

O Código de Processo Civil de 2015, desde sua redação original no anteprojeto, evidenciou a sua preocupação normativa com o contraditório.⁵⁴ Buscou-se elevá-lo a outro nível de compreensão. No seio da nova codificação, o contraditório recebe uma nova significação, afinada com as suas leituras modernas, passando a ser ele entendido como “direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões”.⁵⁵

A nova lei prevê baluartes procedimentais fortes ao contraditório, entre os quais se pode observar a garantia de influência e não surpresa,

53 **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

54 Sempre nos pareceu interessante uma análise deste tema à luz das ideias de *legislação simbólica* de Harald Kindermann (cf. *Symbolische Gesetzgebung*. In: GRIMM, Dieter; und MAIHOFER, Werner (Hrsg.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988, pp. 222-245) e de Marcelo Neves (cf. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994), em especial no que tange ao fenômeno simbólico-legislativo para confirmação de valores sociais e da legislação-álibi. Decerto, um dia nos ocuparemos do enfrentamento dessa temática. Nesse artigo, porém, não há espaço para o tema, razão pela qual apenas se deixa esse registro e instiga-se o leitor ao estudo e à formulação de um pensamento também calcado nessa perspectiva.

55 THEODORO JR., Humberto, *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 74.

competindo ao juiz velar pelo contraditório efetivo (arts. 7º, 9º e 10 do CPC/2015), a boa-fé processual (art. 5º do CPC/2015), o dever de cooperação (art. 6º do CPC/2015) e a fundamentação estruturada da decisão (arts. 10 e 489, § 1º, do CPC/2015). Esse sistema renovado visa à simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercer um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro dessa estrutura, algo que já se apelidou de “processo policêntrico”.⁵⁶

O escopo das alterações consiste em esculpir um processo civil de corte cooperativo, no qual todas as pessoas envolvidas no juízo possam oferecer a sua contribuição, constituindo um verdadeiro *actum trium personarum*. Para tanto, o contraditório se qualifica como chave mestra, mediante a qual se influi no deslinde da causa. Nesse novo panorama, não havendo debate, a decisão é de todo ineficaz. Há, portanto, nítido dever de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio do órgão jurisdicional para com as partes.⁵⁷

Além das normas gerais a respeito do contraditório, dispostas nos arts. 7º, 9º e 10 do Código, o diploma traz outras importantes concretizações da garantia.

Por exemplo, os arts. 77 a 81 do Código de Processo Civil, ao prever os deveres das partes e de seus procuradores, bem como a responsabilidade por dano processual, têm a ver com o contraditório. Isso, pois, estabelece, por via transversa, que o contraditório não pode servir de expediente a legitimar posturas protelatórias e/ou fraudulentas no curso do processo, estabelecendo, assim, um limite ao contraditório.⁵⁸

56 THEODORO JR., Humberto, *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 67.

57 Cf. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 123 e 124.

58 Conforme registra Marcelo Abelha: “é de se notar que, sendo o processo o contraditório em movimento, o *improbis litigator* dele faz uso para obter vantagens indevidas e antiéticas sob a cortina de fumaça do contraditório. Diante de alegações como essa (suposta ofensa ao contraditório), o juiz se vê atemorizado num risco aparente e quase evidente de atirar contra uma conduta ilícita e acabar acertando o contraditório. Sabendo disso, o sujeito ardiloso não hesita, hora nenhuma, em utilizar todos os argumentos e máscaras possíveis envolvendo o princípio do contraditório e normalmente consegue praticar o ato ímprobo sob uma convincente indumentária de legítimo contraditório, que infelizmente quase nunca é despida

Da mesma forma, a reestruturação do litisconsórcio (arts. 113 a 118 do CPC/2015) busca, entre outros objetivos, garantir que as pessoas afetadas pela decisão possam participar do procedimento em contraditório destinado a formá-la. O mesmo se diga das novas formas de intervenção de terceiro – o *amicus curiae* (art. 138 do CPC/2015) e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137 do CPC/2015).

Todos os atos de comunicação, defensivos, probatórios *etc.* ganharam realce específico em razão das exigências do contraditório, sendo tais novas nuances percebíveis na própria formatação que o Código deu a tais institutos (*v. g.*, a respeito dos prazos processuais, além de acobertarem novas possibilidades de comunicação, passam a ter uma maior flexibilidade, de modo a atender à congruidade exigida pelo contraditório – art. 139, VI, do CPC/2015; o sistema de saneamento e organização do processo foi repaginado, no afã de melhor atender às exigências do contraditório e da colaboração processual – art. 357 do CPC/2015; o regime da prova emprestada passou a ter esculpida expressamente a exigência do contraditório – art. 372 do CPC/2015; e tantos outros).

Sem embargo de tantas outras manifestações específicas do contraditório, cabe um último destaque: a exigência de fundamentação estrutural da sentença (art. 489, § 1º, do CPC/2015). O dispositivo impõe o cumprimento do que já estava contido no art. 93, IX, da Constituição da República, enumerando, exemplificativamente, os elementos mínimos de validade da sentença. Destarte, a decisão passa ter, tal qual a petição inicial, alguns parâmetros de validade.

Conforme registra Lenio Luiz Streck, com notável propriedade, “[a]s partes têm o direito de ver todos os seus argumentos enfrentados, o que no direito alemão (MS 24.268/2004, rel. min. Gilmar Mendes; no mesmo sentido, BAUR, Fritz. *Der Anspruch auf rechliches Gehör. Archiv für Civilistische Praxis*, Tübingen, J. C. B. Mohr, n. 153, p. 403, 1954) se denomina *recht auf berücksichtigung von äusserungen*,

e sancionada pelo Estado-juiz” (*Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 215). Essas situações limítrofes merecem ser combatidas, mercê de uma boa compreensão do que é o contraditório – o que envolve, necessariamente, compreender o que não é o contraditório.

direito da parte dever do juiz de não apenas tomar conhecimento das razões apresentadas (*kenntnisnahmepflicht*)”. Mais à frente, completa o autor: “imbrica-se o dever de fundamentação com o dever de levar a sério todos os argumentos das partes, considerando-os profunda e detidamente, o que no direito alemão se chama *erwägungspflicht*”.⁵⁹ Assim, a norma contida no art. 489, § 1º, do códex, para sua efetividade, depende do contraditório forte, relacionando-se com ele de maneira direta.

À luz do já exposto, é possível concluir que para uma boa efetivação do contraditório na sua mais moderna leitura, mais do que nunca, far-se-á necessário uma nova postura judicial. E, aqui, jaz a crítica. Sem uma nova compreensão da prática jurisdicional no Brasil, a bela construção teórica desenvolvida na subjacência da nova lei tornar-se-á letra morta. Os ranços culturais indicam que o padrão⁶⁰ dos juízes brasileiros muitas vezes é mais autoritário do que democrático; é mais adestrado do que culto; é mais performático do que justo.⁶¹

59 *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; e CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.); FREIRE, Alexandre (coord. executivo). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 704.

60 Com tal termo quer se chamar atenção a algo óbvio: não são todos os perfis de juízes que se encaixam na crítica. Nem todo juiz é autoritário, performático ou adestrado. Há bons exemplos de juízes cultos e justos. O escrito não se direciona a um ou outro juiz considerado individualmente, senão ao padrão formado pelo conjunto de magistrados que, quando considerados dessa forma, acabam empolgando a crítica ora feita.

61 Cf., para uma exposição geral sobre as origens histórico-culturais da magistratura brasileira, VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004; FONSECA, Ricardo Marcelo. O deserto e o vulcão: reflexões e avaliações sobre a história do direito no Brasil. *In*: BITTAR, Eduardo C. (Org.). **História do direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 1-18, esp. 2-6; OLIVEIRA, Lucas Soares de. **Um novo juiz para o novo processo**. NEA, 2016, pp. 32-33; LOPES, José Reinaldo de Lima. Modelos históricos do judiciário: poder político ou poder neutro?. *In*: **Teoria e prática dos direitos sociais**. São Paulo: Método, 2006, *passim*; CRISTIANI, Cláudio Valentim. “O direito no Brasil colonial”. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos da história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 297; KOZIMA, José Wanderley. Instituições, Retórica e Bacharelismo no Brasil. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos da história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 315; e LEITE, Roberto Basílone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para democracia no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2014, pp. 130-131; SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21, nov. 1986, Coimbra, pp. 11-44, esp. 17-18; e LEAL, Rogério Gestta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, *passim*, entre outros.

Nessa quadra, é verdade que muitas das complexas facetas do contraditório, em seu sentido moderno, quando avaliadas ante o atual cenário do Judiciário pátrio, não fazem sentido ou, ao menos, não enchem o peito do jurista de esperança. No ponto, é de se cogitar: como imaginar que o juiz de hoje, sobrecarregado com metas e culturalmente construído para entregar o litígio às partes e supor-se superior a elas, possa chamá-las ao diálogo preventivo, alertando e discutindo a respeito dos perigos do uso inadequado do processo para as suas postulações? Como imaginar o magistrado coetâneo, formado à luz de um pensamento burocrático que prima – a todo custo – pela rápida solução dos conflitos, exercitando o dever de consulta às partes antes de decidir sobre qualquer questão? Como imaginar o juiz, cujas decisões já estão prontas antes mesmo de proposta a demanda, deixando-se influenciar pelos arrazoados das partes? As assertivas não entrariam em um ouvido e sairiam pelo outro? Como os juízes – muitas vezes – sem vocação, cujo ingresso na magistratura não raras vezes se dá para manutenção, ou promoção, de um *status* social, lidarão com o dever de auxílio às partes? Por mais fortes que possam parecer essas colocações indagativas, meditando seriamente sobre a realidade pátria, tenho que qualquer um que lide rotineiramente na justiça brasileira saberá que não há nenhum absurdo em tais questionamentos. A solução às perguntas: não se sabe. Mas a lógica indica que as melhores respostas não soariam otimistas. Sem dúvidas, são questões de difícil equalização. Na verdade, somente o tempo é o dono do gabarito de tais questionamentos.

Todavia, infelizmente, já se avultam alguns maus presságios. Esses sinais se ligam, por exemplo, ao dever de motivação das decisões. Repise-se: é certo que o contraditório, que leva às partes a assumir papel ativo e efetivo no processo, liga-se à garantia de fundamentação, na medida em que impõe ao juiz a análise de fatos e fundamentos discutidos previamente no processo. Por isso, o juiz deve levar em consideração os argumentos das partes (*recht auf berücksichtigung von äußerungen*), não apenas os conhecendo nas razões apresentadas (*kenntnisnahmepflicht*), mas considerando-os séria e detidamente (*erwägungspflicht*), como está posto no § 1º do art. 489 do CPC/2015.

Por óbvio, a norma em comento é uma reação cultural, arquitetada como solução ao problema das decisões malfundamentadas que se espioham pelo Judiciário afora. Decerto, não se pode mais tolerar “as simulações de fundamentação” nas quais o juiz repete o texto normativo ou a

ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha (julgamento *self-service*).

Dessa maneira, é de bom alvitre o patrocínio de uma aplicação dinâmica e panorâmica da fundamentação estrutural. A rigor, a norma do art. 489, § 1º, do Código gera inúmeros benefícios: desde a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julgam menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores.

Apesar do louvável esforço legislativo, o Superior Tribunal de Justiça, já sob a égide do Código de 2015, tem entendido que “[o] julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida”.⁶² Tal flexibilização da norma do art 489 do CPC/2015 – que, diga-se, é clara – somente demonstra que, acolá da boa técnica legislativa, o sistema processual brasileiro depende da boa vontade do Poder Judiciário.

Destarte, embora com a melhor das intenções e municiado de fortíssimos argumentos técnicos e ideológicos, a cultura judicial brasileira pode não estar preparada para os avanços que circundam o “novo” contraditório. O erro aqui não é legal ou doutrinário: o erro se encontra na mentalidade dos atores processuais, em especial do Estado-juiz. Isso, evidentemente, não acontece somente com a fundamentação estrutural da sentença. O paradigma do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil é exemplificativo. O objetivo de seu uso é demonstrar que não basta a modernização teórica e legislativa do contraditório quando desacompanhada da evolução da prática judicial a seu respeito. Felizmente, a experiência mostra que, conforme avançam a doutrina e a lei, a prática judicial tende a espelhar, paulatinamente, o avanço, mediante a renovação gradativa de seu corpo funcional.

62 STJ, 1ª Seção, EDcl no MS 21.315/DF, rel. min. Diva Malerbi (desembargadora convocada TRF 3ª Região), j. em 8/6/2016, DJe de 15/6/2016.

CONCLUSÃO

Conclui-se que os desafios à concretização do contraditório vão além da mera alteração legislativa, por mais salutar que essa seja. Imbricam-se na cultura do Judiciário. Somente com o acolhimento integral dos novos vieses do contraditório, de forma plena e arrojada, é que a estampa da garantia terá substancial eficácia no Código de 2015. Os novos balizamentos de pouco ou nada valerão ante as percepções atrasadas do processo.

Portanto, o novo sistema depende de um juiz que não se coloque como um “administrador secreto”, mas, sim, como o homem a quem cabe a honra de decidir sobre relações jurídicas tornadas litigiosas entre cidadãos livres.⁶³ Toca-lhe, nessa nova perspectiva, estimular as partes a participar de forma ativa e leal da formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre os atores processuais. Esse cenário somente se confirmará se o juiz se colocar em pé de igualdade com as partes, abandonando os vícios utilitaristas e as mazelas históricas ainda sobreviventes no Judiciário. De outro lado, as partes devem absorver a visão leal e colaborativa de processo, reprimindo os abusos e as condutas desleais, em prol do atendimento à real função social do processo. Como se vê, o problema não se contém na legislação: é maior. Não se obtém certeza de que esse cenário se concretizará. No entanto, o contraditório só alcançará sua potencialidade máxima diante desse panorama.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALMEIDA, José Canuto Mendes de. **A contrariedade na Instrução Criminal**. Tese de concurso à Livre-Docência. São Paulo: USP, 1937.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

63 FRITZSCHE *apud* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197.

_____. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *In*: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1-15.

ANDOLINA, Italo; e VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni**. Turim: Giapicchelli, 1990.

ANDRIOLI, Virgilio. **Diritto processuale civile**. Napoli: Cedej, 1979, v. I.

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

_____. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 60, p. 449-463, Padova: Cedam, 2005.

CADIET, Loïc. **La légalité procédurale en matière civile**. **Bulletin d'information de la Cour de cassation**, n. 636, 15 mar. 2006, p. 3-19.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Le garanzie costituzionale delle parti nel processo civile**. **Giustizia e società**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 1, p. 74-103, Padova: Cedam, 2001.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Contraddittorio. *In*: **Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile**. Torino: Utet, 1989, v. IV.

_____. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *In*: **Studi in onore di Luigi Monteseano**. Padova: Cedam, 1997, v. II.

CONSO, Giovanni. **Il Concetto e le Specie D'Invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali**. Milano: Giuffrè, 1972.

CONSOLO, Claudio; e GODIO, Federica. *In*: COMOGLIO, Luigi Paolo, *et al.* **Commentario del Codice di Procedura Civile**. Torino: Utet, 2012, v. II (formato digital).

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma, 1976.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. “O direito no Brasil colonial”. *In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos da história do direito.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.** 17. ed. Salvador, Juspodivm, 2015, v. 1.

_____. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; e BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2016.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale.** 8. ed. Padova: Cedam, 1996.

FERRAND, Frédérique. **Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and Civil Procedure.** International Association of Procedural Law Seoul Conference of 2014. Seoul: International Association of Procedural Law, 2014, p. 1-45.

FONSECA, Ricardo Marcelo. “O deserto e o vulcão: reflexões e avaliações sobre a história do direito no Brasil”. *In: BITTAR, Eduardo C. (Org.). História do direito brasileiro.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1-18.

GENTILI, Aurelio. **Contradditorio e giusta decisione nel processo civile.** *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 745-762, Milano: Giuffrè, 2009.

GIORDANO, Andrea. **Aspetti generali.** *In: VIOLA, Luigi (coord.). Codice di Procedura Civile: schema dell’iter procedimentale: approfondimenti di dottrina e giurisprudenza.* formulário. 2. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani - Cedam, 2013 (formato digital).

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do processo.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRASSELLI, Giorgio. **Il nuovo processo di cognizione: problematiche e questioni dalla fase preliminare all'udienza di trattazione**. Padova: Cedam, 2012 (formato digital).

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, n. 14, Ano VII, p. 9-68, abril 2002.

_____. O princípio do contraditório. *In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUINCHARD, Serge. Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile. *In: Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*. Paris: Dalloz, 2000, p. 355-368.

JAUERING, Othmar. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2002.

KINDERMANN, Harald. Symbolische Gesetzgebung. *In: GRIMM, Dieter; und MAIHOFER, Werner (Hrsg.). Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988, p. 222-245.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, Retórica e Bacharelismo no Brasil. *In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos da história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 315.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao processo civil**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transação para democracia no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. **Revista de Informação Legislativa**, n. 190, Ano 48, Brasília: Senado Federal, abril/junho 2011.

MENDONÇA JR., Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista síntese de direito civil e processual civil**. vol. 5, n. 29, pp. 73-85. Porto Alegre: Síntese, maio/junho 2004.

OLIVEIRA, Lucas Soares de. **Um novo juiz para o novo processo**. NEA, 2016.

OVALLE FAVELA, José. **Garantías constitucionales del proceso**. 3. ed. México: Oxford, 2007.

PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto. **Direito Processual Civil**. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2013 (formato digital).

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, ano LIII, n. 3, p. 673-681. Padova: Cedam, julho/setembro 1998.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 4. ed. Napoli: Cedej, 2002.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na constituição da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Introdução à sociologia da Administração da Justiça”. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21, nov. 1986, Coimbra, p. 11-44.

SANTOS, Pedro Antonio dos; KIENEN, Nádia; CASTIÑEIRA, Maria Inés. **Metodologia da Pesquisa Social**. São Paulo: Atlas, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; e CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.); FREIRE, Alexandre (coord. executivo). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; e MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? **Revista de Processo**, vol. 213, ano 37, p. 13-34. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2012.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

THEODORO JR., Humberto, *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; e NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do Contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, n. 28, p. 177-206, jan./jun. 2009.

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**, ano 34, v. 168, p. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, v. I.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. *In*: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.). **Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Il nuovo diritto processuale civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1942, t. I.

O PODER DE AGENDA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE NA COMPOSIÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTOS

Filipe Gadelha Diógenes Fortes¹

SUMÁRIO 1. Considerações iniciais. 2. Da disciplina normativa da formação da pauta do Supremo Tribunal Federal. 3. Análise da distribuição do exercício de poder de agenda entre os membros do Supremo Tribunal Federal. 4. Críticas ao poder de agenda e perspectivas ante as recentes alterações do regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO O presente artigo propõe-se a discutir o exercício do poder de agenda pelo Supremo Tribunal Federal por meio da formação da sua pauta de julgamentos, analisando, à luz do regimento interno do tribunal, como o juízo de discricionariedade envolvido nessa etapa do processo deliberativo é partilhado entre os membros do colegiado. Dentro desse contexto, pretende-se, ainda, a identificação de alguns dos problemas relacionados à falta de critérios objetivos e transparentes quanto à organização da pauta daquele órgão, bem como trazer à reflexão possíveis soluções para o seu aprimoramento.

Palavras-chave: poder judiciário; Supremo Tribunal Federal; processo deliberativo; pauta de julgamento; poder de agenda; discricionariedade.

ABSTRACT This paper proposes to discuss the exercise of the agenda setting by the Supreme Federal Court through the formation of its agenda of judgments, analyzing, in the light of the internal rules of the court, how the discretionary judgment involved in this stage of the deliberative process is shared among the members of the collegiate. Within this

1 Procurador do Estado de São Paulo. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

context, it is also intended to identify some of the problems related to the lack of objective and transparent criteria regarding the organization of the agenda, as well as bringing possible solutions for its improvement.

Keywords: judiciary; Federal Supreme Court; deliberative process; agenda setting; discretion.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tema de estudo dos mais relevantes para a doutrina jusconstitucionalista, o exercício da função política por parte do Poder Judiciário, especialmente no que concerne aos seus limites e legitimidade, ganhou um fértil objeto de estudo com a atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, o qual passou a exercer, não raramente, papel de protagonismo na intricada dinâmica das relações estabelecidas entre os Três Poderes.

Em oportuna colocação acerca da questão, Seabra Fagundes, citado por Leonardo André Paixão, proclama que “Quando se diz que o Supremo Tribunal Federal exerce função política, fala-se o óbvio. [...] Porque a Lei Maior será aquilo, no conteúdo e extensão, que os seus arestos declararem que é.”²

Nesse contexto, embora a intersecção entre o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e a política seja frequentemente observada apenas sob o prisma do conteúdo de suas decisões, também se mostra relevante analisar a forma como se desenvolve o processo deliberativo daquele órgão de cúpula, especialmente no que concerne à maneira como é definido o momento em que um determinado processo será objeto de apreciação e julgamento.

Decerto, o “quando” decidir por vezes pode ser tão relevante, ou mesmo afetar, o que será decidido, sendo possível visualizar a existência de um poder de agenda à disposição do tribunal no que concerne à definição da ocasião oportuna para se manifestar sobre uma controvérsia acerca da

2 FAGUNDES, Miguel Seabra. As funções políticas do Supremo Tribunal Federal. In: *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: UnB, 1982, p. 50, *apud* PAIXÃO, Leonardo André. *A Função Política do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/publico/PAIXAO_Funcao_Politica_do_STF.pdf>. Acesso em 1^o/7/2020.

qual foi provocado a se pronunciar, transformando, assim, o tempo em uma variável estratégica dentro do processo decisório no colegiado.

Dentro desse panorama, pretende-se, por meio do presente trabalho, discutir como é distribuído o poder de agenda entre os membros do Supremo Tribunal Federal, os problemas atualmente encontrados em relação ao exercício desse poder e eventuais maneiras de aprimorá-lo.

2. DA DISCIPLINA NORMATIVA DA FORMAÇÃO DA PAUTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O primeiro passo da pesquisa aqui pretendida envolve a análise do arcabouço normativo que traz a disciplina da organização da pauta e do calendário de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, especialmente o seu regimento interno, editado com fundamento no artigo 15 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Segundo preceitua o artigo 21, X, do RISTF, incumbe ao relator “pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto”, vale dizer, após a apreciação do feito e elaboração de relatório e voto, cabe ao ministro relator promover a inclusão do feito na pauta de julgamentos do Plenário ou da Turma. Ateremo-nos, para os fins pretendidos neste artigo, aos desdobramentos envolvidos nos processos que sejam de competência do Plenário.

Essa formalidade é dispensada para determinados processos que o regimento autoriza a apreciação independentemente de prévia inclusão em pauta (artigo 21, XIV, c/c artigo 83, §§ 1º e 2º, do RISTF), como é o caso das questões de ordem suscitadas durante a tramitação dos feitos ou o julgamento de processos remetidos ao Plenário pelas Turmas.

Embora o artigo 111, III, do RISTF preveja o prazo de “trinta dias para o visto do relator”, ressalvada a hipótese de acúmulo de serviço, tal interregno possui natureza imprópria, como sói ocorrer com os prazos fixados para o Poder Judiciário. Ademais, o volume de processos que tramitam perante o tribunal faz com que a ressalva termine por se converter em regra³.

3 Discorrendo acerca do dispositivo, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi pontuam que: “Como na prática sempre se verifica “acúmulo de serviço”, há motivo legal para que o prazo de 30 dias não seja mantido. Uma consulta do andamento processual das Adins indica que são

Outra disposição concernente ao tempo de tramitação é a encontrada no artigo 145 do RISTF, o qual estabelece uma ordem de prioridade entre as classes processuais que tramitam perante o tribunal. Ocorre que, como observam Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, em raciocínio desenvolvido em relação às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, “a indicação da ‘prioridade’ das Adins permanece sem relevância prática, pois uma longa lista de ações e recursos julgados pelo STF são igualmente prioritários. Dito de outra maneira, o RISTF delega ao relator a competência de determinar a pauta”⁴.

Em suma, portanto, as disposições quanto ao prazo para manifestação e prioridade para julgamento, embora existentes no regimento, são flexíveis e, na prática, pouco observadas nos processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal, de forma que o relator possui inegável discricionariedade quanto ao momento em que irá realizar a inclusão do feito na pauta de julgamentos.

Sem embargo de a inclusão em pauta representar a aptidão de o processo ser submetido a julgamento pelo colegiado, o volume de processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal impõe a realização de escolhas sobre quais processos serão efetivamente levados à apreciação em cada sessão presencial.

Entre as diversas variáveis que influenciam o tempo que medeia a inclusão em pauta e a data do julgamento pelo Plenário, possui acentuada relevância a sistemática de deliberação que será adotada, vale dizer, se o processo deliberativo será desenvolvido presencialmente ou em ambiente virtual.

Na primeira modalidade, a designação da data em que o julgamento irá ocorrer incumbe à presidência, a qual, no exercício da competência

raríssimos os casos nos quais o relator respeita tal prazo. Além disso, o RISTF permite que o relator decida quando está “habilitado” para julgar, sem que seja imposta limitação temporal ou obrigação de respeitar a ordem de distribuição dos processos” (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo*. In: Congresso Nacional do CONPEDI (17:2008, Brasília, DF). Anais / XVII Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 4362. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_194.pdf>. Acesso em 1º/7/2020).

4 Idem.

que lhe é conferida pelo artigo 13, III, do RISTF (“dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento”), ordena quais processos serão analisados nas sessões de julgamento presencial.

Nota-se, nesse tocante, um vácuo normativo acerca de critérios ou diretrizes para orientar a forma como essa seleção será realizada, conferindo uma ampla margem de discricionariedade ao ministro que ocupa a presidência do Tribunal. Por essa razão, Fabiana Luci Oliveira destaca que “a escolha da pauta, como se observa ao longo da troca de presidências do Tribunal, é feita conforme critérios pessoais dos presidentes, de acordo com o que decidem priorizar em sua gestão”⁵.

Esse panorama muda, todavia, nos processos que são submetidos ao Plenário Virtual. Essa sistemática, concebida com o propósito de imprimir maior celeridade às deliberações do colegiado, permite que a colheita de votos e proclamação de resultados se dê eletronicamente. Pela atual regulamentação contida na Resolução STF nº 642/2019, após alteração promovida pela Resolução STF nº 684/2020, nos processos julgados no Plenário Virtual, o relator lançará o relatório e voto no ambiente virtual e os demais ministros terão 6 (seis) dias úteis para se manifestar, findos os quais os votos são computados e lavrado o Acórdão. Uma polêmica disposição do julgamento virtual é que, caso não haja manifestação dentro do prazo, reputa-se que o ministro acompanhou o voto apresentado pelo relator (artigo 2º, § 3º, da Resolução STF nº 642/2019)⁶.

Um registro que se mostra pertinente acerca do Plenário Virtual é que sua utilização foi gradualmente ampliada no âmbito do Tribunal. No primeiro momento, seu emprego estava restrito às análises de reper-

5 OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Agenda Suprema: Interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 28, n. 1, p. 105-133, 2016. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/ts/v28n1/1809-4554-ts-28-01-00105.pdf>>. Acesso em 29/6/2020.

6 Cumpre registrar que, atualmente, encontra-se em tramitação proposta de alteração da resolução para que a ausência de manifestação seja computada com abstenção. A íntegra da proposta pode ser consultada em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoAtasSessoesAdministrativas/anexo/PropostaRESOLUCAO_____AL_TERA_RES._642_____SESSOES_VIRTUAIS.pdf>.

cussão geral para fins de admissibilidade dos recursos extraordinários. Posteriormente, por meio da Emenda Regimental nº 51/2016 e da Resolução STF nº 642/2019, sua utilização foi estendida para o julgamento de recursos e outras classes processuais.

3. ANÁLISE DA DISTRIBUIÇÃO DO EXERCÍCIO DE PODER DE AGENDA ENTRE OS MEMBROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O cotejo das disposições normativas concernentes à definição da pauta de julgamentos do Supremo Tribunal Federal evidencia que o poder de agenda é compartilhado, em maior medida, entre o relator do feito e a presidência do colegiado, os quais possuem instrumentos regimentais para influenciar o tempo do julgamento.

Em relação aos processos que serão julgados perante o Plenário presencial, a presidência possui ampla margem para definir a composição da pauta das sessões de julgamento do colegiado, podendo, assim, guiar a corte para o enfrentamento de temas mais ou menos polêmicos com certo grau de liberdade.

Em estudo dedicado ao tema, Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira destacam que o ponto de inflexão na gestão da pauta, a qual deixou de ser um ato meramente burocrático e assumiu contornos estratégicos, deu-se durante a gestão do ministro Nelson Jobim (biênio 2004-2006), que passou a:

(...) selecionar para integrar a pauta da sessão, entre os processos já conclusos para julgamento na secretaria, aqueles que corresponderiam ao momento político-jurídico, sendo que teriam prioridade os casos em que houvesse maior expectativa ou demanda da opinião pública⁷.

Na história recente da vida do país, não é difícil encontrar exemplos de transformação da gestão da pauta em instrumento de aproximação (ou distanciamento) do Tribunal em relação aos demais poderes. Isso se dá, em especial, com os processos relacionados a matéria tributária ou

7 FALCAO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?* Lua Nova, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a13n88.pdf>>. Acesso em 29/6/2020.

funcionalismo público, as denominadas “pautas-bomba”, as quais são objeto de detida atenção por parte do Executivo em virtude do potencial impacto nas contas públicas.

Nada obstante o poder de agenda tenha sido exercido precipua-mente pela presidência do tribunal, é possível verificar que a ampliação da utilização do Plenário Virtual, decorrente das recentes alterações regimentais, modificou a sua distribuição, fazendo a balança pender para a figura do relator, o qual pode optar pela utilização da sistemática do ambiente virtual, incluindo de imediato o feito na pauta de deliberação e diminuindo o papel da presidência no processo de construção da decisão.

Discorrendo acerca dessa alteração do exercício *agenda setting* pela corte, em interessante análise da atuação da presidência e da relatoria na ADPF 572, Ana Laura Pereira Barbosa e Luiz Fernando Gomes Esteves averbam que “a institucionalização de um atalho para a inclusão de um caso na pauta do tribunal altera a dinâmica de poderes de agenda. Sua consequência é concentrar mais poder nas mãos do relator e incentivar cálculos estratégicos para influência na agenda e no resultado dos julgamentos do tribunal”⁸.

A própria opção pela utilização do ambiente virtual para julgamento, diga-se de passagem, já representa uma opção estratégica à disposição do Tribunal, porquanto, ao contrário das sessões presenciais, transmitidas pela TV Justiça, o Plenário Virtual permite que o pronunciamento seja proferido com menor exposição à opinião pública. O recente julgamento da ADPF 457, na qual era discutida a constitucionalidade de lei municipal que censurava o uso de material didático e ensino de temas concernentes a gênero e sexualidade em escolas, julgada virtualmente em 24/4/2020, bem ilustra essa circunstância.

Em menor grau, também é possível reconhecer a possibilidade de os demais ministros da corte afetarem a tramitação do julgamento por meio

8 BARBOSA, Ana Laura Pereira; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. **Quem controla a agenda do Supremo?** Disponível em <<https://www.jota.info/stf/supra/quem-controla-a-agenda-do-supremo-04062020>>. Acesso em 1^o/7/2020.

dos pedidos de vista ou, ainda, a realização de destaque de processo que tenha sido submetido à sistemática de julgamento em ambiente virtual, o que implica que o seu julgamento terminará por ser realizado presencialmente e passará pelo crivo da presidência.

Percebe-se, portanto, que a distribuição do poder de agenda do Supremo Tribunal Federal é significativamente afetada pela maneira de deliberação a ser adotada. Na hipótese do julgamento presencial, a definição acerca da inclusão do processo em pauta e a designação de seu julgamento partem de um processo de decisões em que participam o ministro relator e a presidência do Tribunal. Já na sistemática de julgamento em ambiente eletrônico, o juízo de discricionariedade está, a princípio, concentrado na figura do relator, o qual poderá dar início ao julgamento assim que submeter o feito ao Plenário Virtual, a menos que haja pedido de destaque formulado por outro ministro.

4. CRÍTICAS AO PODER DE AGENDA E PERSPECTIVAS ANTE AS RECENTES ALTERAÇÕES DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Embora a existência de um poder de agenda seja uma faceta ínsita à própria competência decisória conferida ao Supremo Tribunal Federal, a ausência de critérios objetivos, orientando a formação da pauta e o elevado grau de discricionariedade que cerca a escolha dos processos que serão julgados, atrai fundadas críticas dos estudiosos do processo constitucional.

Na conclusão de trabalho desenvolvido acerca do tema, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi pontuam que “o poder discricionário de determinar a ordem de julgamento é uma poderosa ferramenta manuseada pelos ministros do STF de maneira pouco visível e muito menos normatizada. Estamos diante de uma *arcana iuris* que conflita com exigências do Estado constitucional de direito”⁹.

⁹ (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. **Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo**. In: Congresso Nacional do CONPEDI (17:2008, Brasília, DF). Anais / XVII Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 4372. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_194.pdf>. Acesso em 1º/7/2020).

De maneira similar, Marcelo Mazotti entende que:

(...) o modelo de processamento atual do Supremo Tribunal Federal não favorece a elaboração de uma pauta transparente e consistente no que tange ao momento de julgamento definitivo da ação, tornando-a ineficiente, injusta e questionável, o que permite um manejo político e ideológico da *agenda setting* próprio de uma atuação ativista (...) ¹⁰.

As críticas doutrinárias são pertinentes. O espaço de discricionariedade existente em relação à formação da pauta do Supremo Tribunal Federal possibilita a sua utilização de forma política e estratégica, oferecendo margem para que o órgão assuma uma postura excessivamente ativista quando lhe convém ou, ao contrário, esquive-se de enfrentar discussões delicadas quando o cenário social ou político se mostra desfavorável para uma determinada decisão.

Outrossim, entre os riscos destacados por Marcelo Mazotti, também é possível identificar riscos relacionados a manobras processuais quanto à própria composição do colegiado, como, por exemplo, que a realização de um determinado julgamento aguarde a saída de um dos seus membros ou o ingresso de um novo ministro.

Embora haja riscos políticos, institucionais e jurídicos na utilização do poder de agenda, a eliminação dessa prerrogativa, decerto, não se mostra fática ou juridicamente possível.

A previsão exaustiva de critérios de preferência para a composição de uma pauta de julgamentos não é viável, seja por meio de lei ou pela via regimental, uma vez as circunstâncias concretas que envolvem os casos submetidos à apreciação do Tribunal necessariamente envolvem um juízo de valor sobre maior ou menor prioridade para o seu julgamento.

Além disso, sob o aspecto político e institucional, não poderia ser cogitada uma ingerência, pela via legislativa, na atuação de outro Poder,

10 MAZOTTI, Marcelo. *Jurisdição Constitucional e Ativismo Judiciário: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense. Dissertação (Mestrado)* – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 113. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05122012-162249/publico/Dissertacao_Marcelo_Mazotti_Ativismo_judiciario.pdf>. Acesso em 1º/7/2020.

suprimindo a possibilidade de que o Tribunal, em alguma medida, avalie quais casos reclamam sua resposta em um determinado momento.

O que se cogita é a possibilidade de haver maior detalhamento dos critérios ou diretrizes para organização da pauta de julgamentos, conferindo mais previsibilidade à formação da agenda do Supremo Tribunal Federal.

A primeira conclusão que se pode chegar é que a via mais adequada para o tratamento da matéria é certamente a regimental, não sendo de bom alvitre eventual regulamentação por meio de lei esparsa ou no corpo de um Código de Processo Constitucional.

A organização da pauta de deliberação é um claro caso de matéria *interna corporis* que merece tratamento no âmbito do próprio órgão, de forma que eventual ingerência de outro Poder, por meio da via legislativa, mostrar-se-ia temerária e potencialmente violadora do postulado da separação de Poderes.

De mais a mais, ainda há que se cogitar dos riscos apresentados pelo tratamento da questão na via legislativa, como, por exemplo, o engessamento da disciplina do tema e a possibilidade de utilização do processo legislativo como um meio para influenciar a atuação do Judiciário.

Reconhecida a via regimental como a melhor alternativa, resta-nos enfrentar o segundo problema, cuja solução é mais complexa: que tipo de disposição poderia ser incluída para aprimorar a organização da pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal?

A princípio, parece-nos que estabelecer um prazo, cuja natureza seria inexoravelmente imprópria, para o julgamento dos feitos no âmbito do Tribunal ou para sua permanência em pauta de julgamento seria uma providência de baixa utilidade prática, a exemplo do que já ocorre com o artigo 111, III, do RISTF.

Quanto ao estabelecimento de um critério cronológico, cumpre salientar que já há disposição nesse sentido (artigo 128, *caput*, do RISTF¹¹), a qual prevê que, dentro de cada classe, o julgamento deverá ser realiza-

11 Art. 128. Os julgamentos a que o Regimento não der prioridade realizar-se-ão, sempre que possível, de conformidade com a ordem crescente de numeração dos feitos em cada classe.

do na ordem crescente de numeração, ressaltando, no entanto, que isso ocorrerá “sempre que possível”.

A imposição de uma obrigatoriedade nesse sentido, a nosso ver, também não seria possível, a exemplo do que terminou por ocorrer com a ordem cronológica trazida no artigo 12 do Código de Processo Civil, a qual, originalmente, estabelecia de forma impositiva a necessidade de observância da ordem cronológica de conclusão, porém, com a alteração promovida pela Lei nº 13.256/2016, ganhou redação mais branda, havendo sido estabelecido que a observância do critério cronológica dar-se-ia preferencialmente.

No contexto das novas mudanças promovidas no Regimento Interno, especialmente a ampliação da possibilidade de utilização do julgamento virtual para qualquer processo, percebe-se que, ao menos no que concerne à presidência, houve uma redução do juízo de discricionariedade.

Com efeito, o julgamento por ambiente virtual, na linha do que foi exposto, diminui, a princípio, o papel da presidência dentro do processo deliberativo, evitando, assim, que a definição da data de julgamento fique submetida ao seu juízo de conveniência e ao perfil de sua gestão.

Resta, no entanto, saber como essas inovações serão aplicadas na prática, vale dizer, se essas alterações de fato contribuirão para a maior transparência na pauta do Tribunal ou, ao contrário, servirão para agravar o cenário de voluntarismo de cada ministro em detrimento do princípio da colegialidade. A observação do comportamento do órgão e de seus ministros será fundamental na compreensão do impacto das referidas modificações.

Outro possível mecanismo para conferir maior transparência à formação da pauta do Tribunal pode ser encontrado em iniciativa recentemente adotada pelo ministro Dias Toffoli de divulgar, com significativa antecedência, o calendário de julgamentos do Plenário presencial.

A inclusão dessa prática no regime interno, decerto, contribui para maior transparência e previsibilidade ao processo decisório no âmbito do Supremo Tribunal Federal, embora ainda mantenha a discricionariedade da presidência em relação à escolha das datas e temas que serão enfrentados.

CONCLUSÃO

O atual cenário político e econômico encontrado no Brasil, marcado pela tensão entre as instituições republicanas e pela necessidade de aprovação de uma agenda de reformas necessárias para a retomada do crescimento econômico, impõe uma renovação na forma como a jurisdição constitucional é exercida, incluindo, entre outros pontos, a discricionariedade no exercício do poder de agenda por parte do Supremo Tribunal Federal.

Decerto, longe de se tratar de uma discussão envolvendo apenas questão burocrática e procedimental do Poder Judiciário, a formação da pauta de julgamentos do Tribunal possui relevante importância política e se reflete diretamente na sua relação com os demais poderes.

As recentes alterações promovidas no regimento interno do Tribunal, com a ampliação da possibilidade de julgamento em ambiente virtual e a preferência de sua utilização para algumas classes processuais, sinalizam para a possibilidade de modificação, em alguma medida, na distribuição do poder de agenda entre os membros do colegiado.

Nesse contexto, embora o poder de agenda seja corolário da própria competência constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, mostra-se necessário que o seu exercício seja pautado por maior transparência e segurança, de forma a prevenir que a discricionariedade na definição da pauta afaste a Corte do papel institucional e político que lhe foi conferido pela Constituição da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Ana Laura Pereira; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. **Quem controla a agenda do Supremo?** Disponível em <<https://www.jota.info/stf/supra/quem-controla-a-agenda-do-supremo-04062020>>. Acesso em 1^o/7/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno**. Brasília: STF, 2020.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. **Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo**. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI (17:2008, Brasília, DF). Anais / XVII

Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_194.pdf>. Acesso em 1º/7/2020.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?** Lua Nova, São Paulo, n. 88, p. 429- 469, 2013. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a13n88.pdf>>. Acesso em 29/6/2020.

MAZOTTI, Marcelo. **Jurisdição Constitucional e Ativismo Judiciário: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense.** Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05122012-162249/publico/Dissertacao_Marcelo_Mazotti_Ativismo_judiciario.pdf>. Acesso em 1º/7/2020.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Agenda Suprema: Interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil.** Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 28, n. 1, p. 105-133, 2016. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/ts/v28n1/1809-4554-ts-28-01-00105.pdf>>. Acesso em 29/6/2020.

PAIXÃO, Leonardo André. **A Função Política do Supremo Tribunal Federal.** Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/publico/PAIXAO_Funcao_Politica_do_STF.pdf>. Acesso em 1º/7/2020.

SILÊNCIO CONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA PROPOSTA DE LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA INTERPRETAÇÃO DO SILÊNCIO CONSTITUCIONAL CONFORME O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO INSTITUÍDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Arilson Garcia Gil¹

SUMÁRIO 1. Introdução. 1.1. Delimitação do tema. 1.2. Justificativa. 1.3. Metodologia. 2. Sistema constitucional, legitimação e Estado Democrático de Direito. 2.1. O Direito e a Constituição como sistemas. 2.2. Legitimação e controle da racionalidade das decisões no Estado Democrático de Direito. 3. Legitimação do Poder Judiciário na interpretação do silêncio constitucional. 3.1. A Hermenêutica constitucional e o silêncio da constituição. 3.2. Instrumentos democráticos de participação e de diálogo na Justiça constitucional. Conclusões. Referências bibliográficas.

RESUMO O presente trabalho apresenta proposta de legitimação do Poder Judiciário para interpretação do silêncio constitucional conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito e da separação de poderes. No curso da pesquisa verificou-se que a delimitação do

1 Procurador do Estado de São Paulo. Professor da Universidade Paulista. Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP. Especialista em Direito Constitucional pela USP e em Direito Tributário pela PUC/SP. Graduado pela Unesp.

silêncio constitucional é pressuposto da racionalidade jurídica das decisões judiciais de efetivação dos Direitos Fundamentais e afeta diretamente o implemento da Justiça Social e o reconhecimento de uma Sociedade Plural. O silêncio constitucional, portanto, a depender de sua interpretação, pode ser tanto um obstáculo quanto uma via de desenvolvimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Para que ele seja uma das vias de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, este trabalho propõe que a legitimação do Poder Judiciário deve ser resultado do procedimento que utiliza instrumentos de participação e de diálogo, o que pode qualificar a deliberação tomada como democrática. O Poder Judiciário, enquanto instituição do Estado e em respeito à separação de poderes, deve se utilizar de instrumentos de participação e deliberação dialógica (tais como as audiências públicas e o instituto do *amicus curiae*) no processo interpretativo para decidir democraticamente sobre o sentido normativo do silêncio constitucional. Diante do paradigma construído a partir da Constituição Federal de 1988, o trabalho conclui que, além da adequada sistematização do tema, necessária se faz a verificação empírica da efetividade dos referidos instrumentos de participação democrática, o que se propõe como objetivo para o prosseguimento da presente pesquisa.

Palavras-chave: silêncio constitucional; hermenêutica constitucional; separação de poderes. controle de constitucionalidade; legitimidade; legitimação.

ABSTRACT This paper presents a proposal to the Judiciary's legitimation to interpret the constitutional silence according to the paradigm of the Democratic State of Law and the separation of powers. In the course of the research it was verified that the delimitation of the constitutional silence is a presupposition of the legal rationality of the judicial decisions for the enforcement of fundamental rights and directly affects the implementation of Social Justice and the recognition of a Plural Society. Therefore, the constitutional silence, depending on its interpretation, can be both an obstacle and a way of developing the objectives of the Democratic State of Law. In order for the constitutional silence to be one of the development paths of the Democratic Rule of Law, this paper proposes that the legitimation of the Judiciary should be the result of the procedure that uses instruments of participation and dialogue, which can qualify the deliberation taken as democratic. The Judiciary, as an institution of the State and in respect of the separation of powers, must use instruments of participation and dialogical deliberation (such as the public hearings and the *amicus curiae* institute) in the interpretative process to decide democratically on the normative meaning of constitutional silence. And before the paradigm built from the Federal Constitution of 1988, the work concludes that,

beyond of the adequate systematization of the theme, it's necessary empirical verification of the effectiveness of these instruments of democratic participation, which is proposed as an objective for the continuation of this research.

Keywords: constitutional silence; constitutional hermeneutics; separation of powers; judicial review; legitimacy; legitimation.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Delimitação do tema

O tema de estudo do presente trabalho é a legitimação do Poder Judiciário para interpretar o silêncio constitucional diante da separação de poderes e conforme o paradigma constitucional construído a partir da Constituição Federal de 1988.

No contexto jurídico brasileiro surgido após a Constituição Federal de 1988 temos a expansão em extensão e em complexidade da regulamentação normativa sob um novo paradigma constitucional: o Estado Democrático de Direito. Entre os objetivos apresentados por esse novo paradigma, destacamos a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais e pela Justiça Social, o reconhecimento de uma Sociedade Plural e a tutela da participação democrática do cidadão².

Tem sido cada vez mais frequente a provocação do Supremo Tribunal Federal para decidir questões derivadas desse novo paradigma constitucional. Porém, a implementação, via controle judicial de constitucionalidade, dos objetivos do Estado Democrático de Direito enfrenta como obstáculo a possível ausência de legitimação do Poder Judiciário para interpretar as hipóteses de silêncio constitucional.

Com efeito, muitas vezes não há claros limites de controle da racionalidade jurídica diante das hipóteses de silêncio constitucional, o que traz inúmeras possibilidades de interpretação ao STF, bem como coloca em debate a legitimação democrática do papel do Supremo na construção do sentido normativo do silêncio constitucional em questões fundamentais ao Estado Democrático de Direito.

Os exemplos de casos de silêncio constitucional são fartos.

2 Artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 14 da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 tutela o direito à vida em seu artigo 5º, porém, silencia quanto à existência do direito ao aborto, seja em casos gerais (proibição ou autorização geral), seja em casos específicos, por exemplo, de feto anencefálico³. A problemática que se apresenta é: seria aqui identificada uma hipótese normativa de silêncio constitucional? Seria um silêncio eloquente com intenção de proibir o aborto em qualquer caso? Trata-se de lacuna normativa que mantém espaço aberto à regulamentação por lei e pela interpretação em sede de controle de constitucionalidade?

O mesmo raciocínio poderia ser aplicado no caso das pesquisas com células troncos embrionárias⁴, com o detalhe da impossibilidade de a Constituição Federal manifestar-se sobre fato que sequer era alcançado pela evolução científica na data de sua elaboração em 1988.

Além da evolução científica, temos também casos de reconhecimento de novos valores sociais, como o reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo gênero⁵. A Constituição Federal utilizou as palavras “homem” e “mulher” ao tratar da família, do casamento e da união estável⁶. Silenciou, porém, quanto à produção de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo gênero. Identifica-se, nesse caso, hipótese de silêncio eloquente (que proibiria outras entidades familiares) ou temos aqui lacuna axiológica (que abre espaço ao reconhecimento de novos valores sociais)?

A problemática se estende aos casos de reconhecimento de poderes implícitos que podem atingir o direito à liberdade. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu poderes de investigação ao Ministério Público⁷, a despeito da Constituição Federal não lhe atribuir expressamente tais poderes e, mais, apesar de a Constituição atribuir referido

3 Caso debatido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2012).

4 Tema discutido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2008).

5 A União Homoafetiva é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2011).

6 Artigo 226 da Constituição Federal.

7 Recurso Extraordinário nº 593.727 (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2015).

poder expressamente às polícias Federal e Civil⁸. O silêncio constitucional seria compatível com o reconhecimento de poderes implícitos?

Vê-se, pelos casos citados, que a interpretação do silêncio constitucional é pressuposto à racionalidade jurídica para a efetivação dos direitos fundamentais à vida, à dignidade e à liberdade, e afeta diretamente o implemento da Justiça Social e o reconhecimento de uma sociedade plural. Portanto, o silêncio constitucional, a depender de sua interpretação, pode ser tanto um obstáculo como uma das vias de desenvolvimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

A construção do sentido normativo do silêncio constitucional pode ser uma via de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito desde que, além dos referidos critérios objetivos de controle, haja também legitimação no seu processo interpretativo.

A legitimação do STF deve ser resultado do procedimento que utiliza instrumentos de participação e de diálogo, o que pode qualificar a deliberação tomada como democrática. Ainda que a legitimidade democrática do STF esteja prevista em regra de competência para construir sentido normativo do silêncio constitucional, suas deliberações são resultado de um processo de legitimação democrática? Em outras palavras, como deve proceder o STF, enquanto instituição do Estado, para decidir democraticamente sobre o sentido normativo do silêncio constitucional?

Entendemos que o problema não é de eventual ausência de legitimidade democrática para que o STF construa o significado normativo do silêncio constitucional, uma vez que sua competência para tanto está prevista em norma constituinte elaborada de forma também democrática: artigo 102, I, *a*, da CF de 1988. A questão se desenvolve no âmbito do procedimento de legitimação democrática da deliberação.

Portanto, para que o silêncio constitucional seja uma das vias de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, este trabalho propõe-se ao estudo da legitimação do Poder Judiciário para interpretar o silêncio constitucional diante da separação dos poderes e conforme o paradigma constitucional construído a partir da Constituição Federal de 1988.

⁸ Artigo 144, § 1º, I, e § 4º, da Constituição Federal.

1.2. Justificativa

A Constituição Federal deve ser considerada como um sistema cuja integridade e coerência são pressupostos do Estado Democrático de Direito. Em casos de conflito de interesses não resolvidos pelas vias ordinárias, a integridade e a coerência do sistema devem ser mantidas pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. A hermenêutica constitucional é um instrumento de garantia dessas integridade e coerência. O silêncio constitucional pode ser um risco ou pode ser uma das vias de manutenção da integridade e da coerência do sistema constitucional e, portanto, também do Estado Democrático de Direito⁹.

Porém, poucos estudos no Brasil analisam a questão proposta sob o enfoque do silêncio constitucional. Ao contrário, no Direito Comparado o tema é tratado de forma central e com relevante sistematização pela dogmática jurídica.

A análise do problema apresentado sob o enfoque do silêncio constitucional é recorrente na doutrina dos Estados Unidos da América, em especial no trabalho do constitucionalista Laurence H. Tribe em suas aulas na Harvard Law School (Advanced Con Law Seminar: “constitutional silences”, 2016) e em suas obras sobre a construção do som do silêncio constitucional (1982) e sobre a “constituição invisível” (2008).

Ainda nos Estados Unidos há estudos sobre o silêncio constitucional considerado como um espaço para a construção judicial de uma “Constituição Viva” e em evolução¹⁰. Em contraponto, a doutrina norte-americana da interpretação originalista afasta a criação normativa pela interpretação judicial do silêncio constitucional¹¹.

Em Portugal, o tema é examinado como “lacunas da Constituição e sua integração”¹². Jorge Miranda identifica lacunas intencionais, não

9 As ideias do Direito como Sistema de Integridade e de Coerência podem ser extraídas das obras de Norberto Bobbio (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, 2014), de Claus Wilhelm Canaris (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2002) e de Ronald Dworkin (*Law's Empire*, 1986).

10 *The Living Constitution* (STRAUSS, 2010); *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before* (SUNSTEIN, 2009).

11 *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (SCALIA, 2018).

12 Sobre o tema na Doutrina Portuguesa temos: *Teoria do Estado e da Constituição* (MIRANDA, 2015) e *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (CANOTILHO, 2003).

intencionais, técnicas, teleológicas, originárias, supervenientes e absolutas. J.J. Gomes Canotilho identifica lacunas normativo-constitucionais autônomas, heterônomas e de regulamentação.

Na Espanha, temos os estudos de Francisco Javier Díaz Revorio sobre “La ‘Constitución abierta’ y su interpretación.” (2004) e “Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional” (2000).

No Reino Unido, temos a doutrina de Michael Foley, que trata o silêncio constitucional como espaço para adequação da Constituição em momentos de crise¹³.

Na Alemanha, Robert Alexy¹⁴, com sua distinção entre Princípios e Regras Constitucionais e sua “Teoria dos Espaços” (Espaços Estruturais e Espaços Epistêmicos), parece nos trazer respostas quanto à possibilidade de ponderação entre direitos no caso de identificação do silêncio constitucional. Por exemplo, não parece ser possível, no primeiro momento, a identificação do silêncio constitucional em normas constitucionais com estrutura de regras (que reconhecem direitos e deveres definitivos), apenas em princípios (enquanto mandados de otimização).

No Brasil, a tese de doutorado “Processos informais de mudança da Constituição”, da professora Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015), analisa o tema ao tratar das “lacunas constitucionais”. A brilhante tese, porém, foi defendida antes do advento da CF de 1988 na Universidade de São Paulo em 1982 (com nova edição sem atualizações em 2015). A obra também não sistematizou o tema com os enfoques agora propostos, apenas analisou o tema indiretamente.

A questão também é analisada de forma indireta pelo professor Luiz Alberto David Araujo em seus artigos “Linguagem, Constituição e lei” (2016), ao tratar do desenvolvimento do conteúdo das normas constitucionais pelo STF, e “Controle concentrado da constitucionalidade e segurança jurídica no sistema brasileiro” (2005), ao qualificar o

13 Em sua obra *The Silence of Constitutions: Gaps, ‘abeyances’ and political temperament in the maintenance of government* (FOLEY, 2011). Apesar de ser uma doutrina editada ante um Estado de Constituição não escrita, entendemos que em alguns aspectos a obra também pode contribuir para nosso estudo.

14 Conforme sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (ALEXY, 2017) e seu *Constitucionalismo Discursivo* (ALEXY, 2015).

STF como um “depositário do poder de analisar situações ‘relevantes’” e ao considerar que a atuação da corte pode levar ao “encolhimento dos sonhos democráticos”.

Uma teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵ é a identificação do silêncio constitucional como silêncio eloquente. Porém, como demonstrado no item anterior, o silêncio eloquente é apenas uma das possíveis categorias de silêncio constitucional. O próprio Supremo Tribunal Federal, como analisado, ora trata o silêncio como categoria de lacuna normativa e decide pela integração da referida lacuna, ora fundamenta no silêncio a aplicação dos poderes implícitos ou utiliza-se do silêncio constitucional para evolução da interpretação.

Diante do contexto apresentado, entendemos ser imprescindível o estudo para elaboração de uma proposta de legitimação do Poder Judiciário para interpretar o silêncio constitucional, em especial com a apresentação de instrumentos de participação democrática em referido processo de interpretação, participação essa que representa uma das condições para a construção do Estado Democrático de Direito¹⁶.

1.3. Metodologia

A pesquisa foi executada sob o enfoque da dogmática jurídica, portanto, com utilização preponderante do método dedutivo na análise da legitimação do Poder Judiciário na interpretação do silêncio constitucional perante a separação de poderes e conforme paradigma construído a partir da Constituição Federal de 1988.

Assim, a pesquisa teve início a partir da Constituição Federal de 1988 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, momento em que foram identificadas hipóteses normativas e casos concretos em que o silêncio constitucional é objeto da hermenêutica constitucional.

15 Por exemplo, podemos citar o entendimento firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 371, relativa à inexistência de imunidade processual dos vereadores diante do silêncio eloquente do artigo 29 da Constituição Federal (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2002).

16 Sobre o tema, há destaque para a obra de Peter Häberl (*Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*, 1997).

Após, partimos para a revisão de bibliografia, com enfoque na aplicação das teorias constitucionalistas e na evolução do tema com o movimento neoconstitucional e diante do ativismo judicial.

A partir das análises descritas, passamos a examinar pontos comuns e pontos divergentes entre as hipóteses de legitimação ou não legitimação identificadas para confirmar ou não nossa proposta de trabalho.

Com esse procedimento de análise estudamos as normas constitucionais em seu aspecto estático, como conjunto de normas jurídicas válidas em determinado espaço territorial (Brasil) e determinado momento histórico (vigência da Constituição Federal de 1988), assim como examinamos as normas constitucionais em seu aspecto dinâmico, no qual se concretiza o processo de positivação do Direito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Assim, apesar de utilizarmos preponderantemente o método dedutivo na análise das normas constitucionais em seu aspecto estático, utilizamos o método indutivo na parte do trabalho em que foi necessária a análise de casos concretos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. SISTEMA CONSTITUCIONAL, LEGITIMAÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1. O Direito e a Constituição como sistemas

Ao tratar das diversas concepções do termo “sistema”, Norberto Bobbio (2014, p. 82-84) adverte que referido termo é uma daquelas expressões com vários significados e que podem ser utilizados segundo a conveniência de quem os aplica.

Entre tais significados, Bobbio ressalta três deles, que extrai do histórico da Filosofia do Direito:

a) “Sistema” baseado em um “sistema dedutivo”:

Nessa acepção, diz-se que um ordenamento é um sistema desde que todas as normas jurídicas daquele ordenamento sejam derivadas de alguns princípios gerais (dito de outra forma, ‘princípios gerais do direito’), considerados do mesmo modo que os postulados de um sistema científico.

b) “Sistema” baseado em um “sistema indutivo”:

O termo ‘sistema’ é usado, ao contrário, para indicar o ordenamento da matéria, realizado o procedimento indutivo, isto é, partindo do conteúdo das normas singulares com o objetivo de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações e divisões da inteira matéria: a consequência dessas operações será o ordenamento do material jurídico (...) O procedimento típico dessa forma de sistema não é a dedução, mas a classificação. O seu escopo não é desenvolver analiticamente, mediante regras preestabelecidas, alguns postulados iniciais, mas, sim, reunir os dados fornecidos pela experiência com base na semelhança para formar conceitos generalíssimos que permitam unificar todo o material dado.

c) “Sistema” como uma “totalidade ordenada”:

O terceiro significado de sistema jurídico é, sem dúvida, o mais interessante, e é aquele sobre o qual nos deteremos neste capítulo: diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. ‘Sistema’ aqui equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se em um ordenamento surgirem duas normas incompatíveis entre si, uma delas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas do ordenamento têm certa relação entre si, e essa relação é a relação de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade.

Norberto Bobbio (2014, p. 77), em uma visão positivista, adota a terceira concepção de “sistema” em sua obra. Em resumo, considera que o ordenamento jurídico constitui um sistema, pois suas normas devem estar em relação de coerência e devem ser buscadas as condições que tornem possível essa relação de coerência.

Quanto às constituições, entendemos, porém, necessária a conciliação entre a primeira concepção de sistema, ligada aos princípios, e a terceira concepção, ligada à coerência, diante da natureza principiológica das normas constitucionais mais modernas.

Nesse sentido, Ronald Dworkin (1986, p. 11) traz uma concepção de Direito construído por meio da interpretação. Princípios morais adotados pelo Direito direcionam o aplicador na prática construtiva via

interpretação fundamentada na argumentação. Para manter a coerência do sistema construído da forma citada, Dworkin traz a ideia de “integridade”, ou seja, não se trata de um Direito criado livremente, mas sim de um Direito construído pela interpretação fundamentada, justificada nos princípios morais que mantêm a coerência do sistema.

Rubens Beçak (2007, p. 315) demonstra essa relação entre Direito e Moral como decorrência da natureza principiológica de grande parte das normas constitucionais contemporâneas, em especial pela consagração dos Direitos Fundamentais de solidariedade, que poderiam ser responsáveis por essa “nova tipicidade” nos ordenamentos constitucionais. Por isso, defende Beçak que os princípios revelam a “importância da dimensão ético-moral no Direito”. Ele conclui:

Na medida em que, no nível constitucional, existem normas que estabelecem padrões éticos de comportamento na exata proporção em que estabelecem padrões exigidos da e para a sociedade (se tal não fosse, como pensar a imanência da Constituição?), vemos as normas principiológicas como muito mais próximas daquele padrão aberto para a Ética, onde, inclusive, deve prevalecer a ponderação de interesses, do que as normas-regra, constitucionais, sem sombra de dúvidas, mas muito mais fechadas à interpretação e, portanto, da ponderação (...) Assim, entendemos que uma constituição origina não só uma pirâmide de normas jurídicas como também uma, chamemos, pirâmide de valores ético-morais a serem protegidos, no âmbito daquele Estado, como valores primeiros” (...) Aqui é que, no conflito possível (e, diga-se, não raro) entre normas-princípio (o que Alexy denomina conflito princípio x princípio), e talvez mesmo no eventual conflito norma-princípio x norma-regra, o exegeta deve se utilizar de valores não necessariamente jurídicos na fixação de qual norma deva imperar. (2007, p. 317-319)

Apesar de não ser o objetivo deste trabalho, e até porque seria impossível fazê-lo nesta fase da pesquisa pela complexidade do tema, entendemos ser de importância ímpar o estudo da influência dos valores e da moral na interpretação do silêncio constitucional.

Por agora, nos restringimos a apresentar a terceira via de interpretação da Constituição como sistema, não tão estritamente relacionada à coerência, nem tão aberta quanto à teoria dos princípios.

Entendemos que Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 18-20) pode ser essa terceira via interpretativa entre a visão positivista de Bobbio e a visão de construção do Direito pela interpretação de Dworkin.

Ao partir da Jurisprudência dos Valores, Canaris admite a abertura do sistema jurídico e reconhece a normatividade dos princípios, ao mesmo tempo que propõe um controle da racionalidade das decisões judiciais, em especial diante de um texto não preciso ou com lacunas. O sistema jurídico, assim, não seria apenas um conjunto ordenado de normas jurídicas, mas também um sistema de controle e orientação da aplicação do Direito.

Para tanto, Canaris propõe um sistema jurídico que apresenta ordenação e unidade internas decorrentes da ideia de igualdade. Assim, o sistema apresentaria: a) ordenação, que significa a aplicação do Direito de forma igual para iguais e diferente para os desiguais, na medida das desigualdades; b) unidade, no sentido de coerência, não contradição da ordem interna e uniformização das decisões judiciais.

Por fim, Claus-Wilhelm Canaris admite, diante da abertura do sistema jurídico, a mutabilidade do Direito, pelo surgimento de novos princípios dentro do próprio sistema, ainda que influenciado por um Direito consuetudinário. Assim, a jurisprudência não cria Direito novo, mas tem legitimidade para realizar a descoberta de novos princípios por influência do Direito consuetudinário.

Diante dos pressupostos analisados (ordenação e unidade ou coerência), Elival da Silva Ramos (2015, p. 321) entende que Canaris mantém uma concepção sistêmica do Direito diante da sua vinculação à igualdade formal e à segurança jurídica, apesar de ser uma concepção relativizada por certo abrandamento dos postulados de coerência e completude próprios da concepção sistêmica.

Referido abrandamento dos postulados de coerência e completude próprios da concepção sistêmica é intensificado nas constituições, modernamente compostas por normas principiológicas, mais abrangentes, portanto, podemos falar também em um sistema constitucional.

Porém, em retorno às concepções de sistema trazidas por Bobbio, para a adequada conciliação entre sistema por coerência e sistema por princípios, entendemos que temos que ter balizas, critérios de aplicação

dos princípios (especialmente em casos de silêncio constitucional), tal como proposto por Claus-Wilhelm Canaris, para que não haja lesão ao Estado Democrático de Direito, o que é analisado no item seguinte.

2.2. Legitimação e controle da racionalidade das decisões no Estado Democrático de Direito

Dalmo de Abreu Dallari (2016, fls. 201) formula indagação cuja resposta considera fundamental para o Estado Democrático de Direito: a Constituição “poderá ser ainda, no início do século 21, o instrumento político-jurídico ideal para a limitação do poder e a garantia dos direitos?”

Continua Dallari, em retrospectiva histórica que parte da concepção de Constituição como expressão de liberdade e de garantia dos direitos individuais, mas com eficácia jurídica limitada, pois, se é eficaz como limitadora dos poderes e garantia contra violações de direitos, não apresentava força a efetivação dos direitos.

Aponta, ainda, que a partir da aprovação, em 1948, da Declaração Universal de Direitos Humanos, temos uma nova fase na história do Constitucionalismo, em especial pela ampliação do papel do Estado, agora para assumir a criação de condições para efetivação dos direitos.

E, chegando nos dias atuais na evolução descrita, concluiu que o Poder Judiciário “passou a ser muito mais do que um garantidor do respeito à legalidade estrita, para ser, em muitos casos, um complementar das normas constitucionais, visando a dar-lhes efetividade”.

Monica Herman Caggiano (2011, p. 17), após dissertar sobre a evolução do Constitucionalismo, chega à conclusão semelhante à de Dallari acerca do novo modelo de Constituição e dos novos papéis dos Poderes do Estado, em especial do Judiciário:

Uma textura diferenciada na construção das normas, sendo volumoso o número de preceitos de confecção aberta, preceitos não autoexecutórios, cometendo ao legislador ordinário a sua implementação. Enfim, normas, por natureza, incompletas ou programáticas, invadiram o espaço constitucional ensejando uma atividade adicional tanto para o Poder Executivo, impondo-lhe a criação e instalação de programas previstos na Lei Maior, como para o Poder Legislativo, atribuindo-lhe esforço sucessivo no sentido de dar efetividade às disposições constitucionais a demandar

complementação, e, ainda, instaurando em relação ao Poder Judiciário um largo campo interpretativo, ampliando consideravelmente o poder jurisdicional. Em particular no que toca à figura do Juiz, nova missão é introduzida. Em razão do território alongado em que agora atua – quer em virtude da ampliação da esfera interpretativa, quer por deter a competência do controle de constitucionalidade –, o Poder Judiciário assume papel diferenciado. Outra perspectiva, outra dimensão, passando, nessa sua tarefa, a envolver a responsabilidade pela interpretação constitucional e, conseqüentemente, pela aplicação concreta de critérios de interpretação legal resultantes do esforço de hermenêutica.

Diante de tais lições, entendemos que há um novo paradigma trazido pelo Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal de 1988, ligado à efetividade das normas constitucionais e à transformação da realidade. Sobre esse novo paradigma do Estado Democrático de Direito, Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2014, p. 116-117 – item 6.2.3 – livro digital) escrevem:

À diferença dos modelos anteriores, o Estado Democrático de Direito, mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia, como o Brasil. Há, desse modo, uma identificação entre o constitucionalismo do segundo pós-guerra e o paradigma do Estado Democrático de Direito. Veja-se, para tanto, a Constituição do Brasil, que determina, no art. 3º, a construção do Estado Social, cujo papel, cunhado pela tradição do constitucionalismo contemporâneo, é o de promover a integração da sociedade nacional (...) Integração essa que, no caso brasileiro, deve-se dar tanto no nível social quanto no econômico, com a transformação das estruturas econômicas e sociais. Conforme podemos depreender de seus princípios fundamentais, que consagram fins sociais e econômicos em fins jurídicos, a Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade brasileira. Ou seja, a Constituição de 1988 parte do pressuposto de que o Brasil não passou pela etapa do Estado Social. E é exatamente por isso que o texto – dirigente e compromissório – aponta para esse desiderato.

Referidos autores (2014, p. 185 – item 8.4 – livro digital) apontam, nesse contexto, uma “crise funcional” com a transformação nas relações entre as funções estatais que, em um movimento autofágico, se projetam por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição de outra função dentro da separação de poderes, com destaque para a jurisdição constitucional, ao atuar no âmbito do legislador, até mesmo em nível constituinte.

Sobre o contexto apresentado, importante destacar o entendimento de Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 199), que deixa claro que a separação de poderes não significa uma divisão estanque de funções:

Diante desse panorama, parece claro, em primeiro lugar, que a tripartição de funções não estabelece campos estanques de atuação, vedando, de forma absoluta, a intromissão de um poder em outro, antes, pelo sistema de freios e contrapesos, admite-se o controle de um poder pelo outro, como forma de preservação da própria noção de Estado de Direito.

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 129-130) ensina que a ideia de contrapor legislação negativa e positiva (e reservar apenas a primeira ao Poder Judiciário) somente teria sentido diante dos direitos fundamentais clássicos ou negativos e diante de uma concepção estanque de separação dos poderes já ultrapassada. Conclui, portanto, que:

Fica difícil justificar o papel do STF como mero limite negativo à atividade legislativa. Se a Constituição impõe prestações positivas ao legislador e se o STF é o guardião da Constituição por excelência, como justificar a omissão do segundo diante da inércia do primeiro?

É certo, porém, que tais papéis de “complementador das normas constitucionais” e de “transformador da realidade brasileira” atribuídos ao Judiciário faz reviver, agora para a fase de aplicação e interpretação do Direito, a preocupação de Ferdinand Lassalle (2016, p. 47):

Quando podemos dizer que uma Constituição escrita é boa e duradoura? A resposta é clara. É parte logicamente de quanto temos exposto: quando essa Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente o conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a constrição real das verdadeiras forças vitais do país.

Com efeito, o novo paradigma aqui tratado, se exercido sem a devida legitimação e sem os devidos controles, pode ensejar um des-

compasso entre o que previu a Constituição Federal de 1988 e o que é realmente concretizado pela interpretação da Constituição por pressão de forças sociais em conflito.

Monica Herman Caggiano (2011, p. 5) analisa referido risco no âmbito do denominado “neoconstitucionalismo”, “atual movimento doutrinário que advoga no sentido da busca dos valores que inspiram o ideal constitucional, ainda que ao arrepio do texto escrito da Norma Fundamental”. Continua a referida autora, no sentido de que esse descompasso entre concretização de valores por via interpretativa em detrimento do texto escrito da Constituição contraria o Princípio da Segurança Jurídica e a Democracia.

Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2014, p. 183 – item 8.4 – livro digital) descrevem, no contexto ora analisado, a existência de uma “crise constitucional (institucional)”, na qual a Constituição é submetida a um jogo de tensões e poderes, com risco de sua transformação em programa de governo, ao contrário de submeter o poder a ela e, assim, o poder se constitucionalizar, colocando em prática o conteúdo constitucional.

Com efeito, entendemos que os fatores reais do poder podem atuar tanto na efetivação do paradigma constitucional de 1988, quanto na desconstrução do referido paradigma.

Nesse mesmo sentido, André Ramos Tavares (2011, p. 157-159), ao escrever sobre o papel central dos Direitos Fundamentais na legitimação da Justiça Constitucional, demonstra que os direitos fundamentais são utilizados em discursos opostos, seja para legitimar a atuação mais ativa e intervencionista da Justiça Constitucional, seja para indicá-los como obstáculo que afasta a atuação legítima de tal Justiça, diante da abertura semântico-material desses direitos.

Em seguida, adverte Tavares que um avanço da atuação da Justiça Constitucional dentro da segurança democrática pressupõe uma consolidação dos seus métodos de trabalho, especialmente em casos de normas ambíguas e vagas comumente encontradas nos direitos fundamentais.

Há, inclusive, constituições de países como Portugal, Espanha, Alemanha e Polônia, citadas por Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 25-26), que possuem dispositivos expressos que asseguram o respeito ao conteúdo es-

sencial dos direitos fundamentais contra restrições, que seriam justificáveis apenas e no limite do necessário ao Estado Democrático.

Mesmo em casos excepcionais, como a aplicação do sistema constitucional das crises, valores como a democracia e a dignidade da pessoa devem ser reafirmados e protegidos por um sistema rígido de restrições, efeitos e com amplo controle, reforçando o Estado Democrático de Direito, conforme lição de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2009, p. 148-149).

Nesse movimento de tensão entre construção e desconstrução do paradigma do Estado Democrático de Direito, Sergio Nojiri (2012, p. 337) lança um olhar positivista na relação entre neoconstitucionalismo e democracia. O autor deixa claro o perigo existente na criação de um exagerado judicialismo, que coloca em risco a relação entre os poderes institucionais da Constituição Federal e a ânsia neoconstitucionalista por concretizar valores morais – escolhidos de acordo com ideologias dos próprios neoconstitucionalistas – e diminui o processo de participação e soberania popular, com a eleição de um novo soberano do direito: o juiz.

Ao tratar dos limites do poder criativo da jurisdição constitucional e do ativismo judicial, Elival da Silva Ramos (2015, p. 66) defende um positivismo reflexivo e integral, no qual, desde que observados certos limites e condições, possam ser completados os espaços deixados em aberto pelo legislador por meio de processos interpretativos que levem em consideração os valores fundamentais da pessoa humana reconhecidos em determinada sociedade.

Necessário, assim, que haja a aplicação, por meio do sistema constitucional, do devido controle na racionalidade das decisões judiciais para que não haja desconstrução do paradigma constitucional de 1988, em especial nos casos de silêncio da Constituição.

Humberto Ávila (1999, p. 154), ao enfrentar o desafio de definir o dever de proporcionalidade, algo tão vago quanto o silêncio constitucional, nos ensina que institutos dessa natureza devem ser diferenciados quanto a outras categorias, com as quais não se identificam, para que lhes sejam atribuídos significado normativo autônomo, uma vez que há conceitos diversos referentes a fenômenos normativos diferentes. Continua Ávila no sentido de que definir adequadamente tais institutos deve permitir que sua interpretação tenha referência ao ordenamento jurídico

brasileiro e para sua aplicação haja critérios racionais e intersubjetivamente controláveis.

Em conclusão, Humberto Ávila (1999, p. 178-179) escreve que:

As definições acima enunciadas evidenciam, mais uma vez, que há fenômenos diversos a serem compreendidos. Se todos eles serão explicados mediante o emprego do termo “princípio” é secundário, a não ser que a denominação, pretendendo explicar, termine por confundir. Tratar fenômenos diversos empregando um só termo dificulta a interpretação e a aplicação do Direito, impede a fundamentação (intersubjetiva) baseada em critérios racionais, limita a possibilidade de controle das decisões. Quanto mais consistentes forem as definições de categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito, mais se ganhará em certeza e segurança jurídica. Finalidades essas, aliás, instituídas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, que não podem ser, simplesmente, ignoradas. Isso sem falar que um sistema jurídico é tanto mais coerente quanto mais específicas forem as conexões [*sic*] entre os seus elementos, maior o número de conceitos gerais que possam explicá-lo e maior o número de casos que abranger. Um caminho sem fim, a ser insistentemente trilhado.

Na aplicação de um sistema constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais, a evitar a desconstrução do paradigma constitucional e para conciliar as propostas neoconstitucionais e a Democracia, deve ser respondido o questionamento feito por Monica Herman Caggiano (2011, p. 19):

Ora, dessas posturas desconstrutivas é que dimanam os movimentos a preconizar a remodelação do constitucionalismo. Sob essa roupagem diferenciada, a Constituição viria albergar valores, os valores da sociedade que ela – a Constituição – estrutura e organiza juridicamente. À lei compete efetivamente prescrever as políticas públicas; aos Tribunais, porém, é atribuída a principal responsabilidade quanto ao alinhamento da lei aos valores estabelecidos para comandar a democracia praticada. O Judiciário passa a protagonizar o papel de “guardião da democracia”. Impositivo reconhecer que a sociedade do século 20 e a que aporta no presente apresenta-se muito diferente quanto às expectativas em relação ao Estado. A cidadania sofreu profunda remodelação. E o Estado ganhou a responsabilidade direta e irrefutável de amoldar as políticas públicas de forma a atender às perspectivas da cidadania no complexo

mundo contemporâneo pigmentado pelos fenômenos da globalização e do multiculturalismo. A questão que se coloca, no entanto, é a pertinente à elasticidade, flexibilidade e mutabilidade que impregnam a teoria denominada ‘neoconstitucionalismo’ que opera com valores. Abandonada a ideia da rigidez, da superioridade, da estabilidade e da previsibilidade constitucional, como serão resguardados os direitos fundamentais? Qual exatamente o instrumento e mecânica a preservar a segurança jurídica?

Em resumo, quais os instrumentos que podem atribuir legitimação ao Poder Judiciário para garantir a democracia e a segurança jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição?

Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2014, p. 109-110–item 6.2.3 – livro digital) defendem que o conteúdo transformador da realidade apresentado pelo Estado Democrático de Direito atua como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de uma nova sociedade, diante do caráter incerto da Democracia (falam em “crise política e da representação”).

Sobre a citada participação democrática fomentada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, Rubens Beçak (2014, p. 83, item Conclusão, livro digital), ao tratar do aperfeiçoamento da democracia diante da citada crise da democracia representativa e da insuficiência dos instrumentos de participação democrática semidireta, escreve:

- a) Não há como prescindir-se da democracia representativa (realizada pelos partidos políticos) pois, mesmo com todas as críticas, não se inventou sistema que a substituísse satisfatoriamente.
- b) A soma de meios de verificação da vontade popular por mecanismos semidiretos (vindo a caracterizar, segundo alguns, a presença de outro modelo democrático) tem provado não ser suficiente para sanar o déficit que o sistema representativo apresenta, provocando-se, ao longo do tempo, o surgimento de outros mecanismos para a sua ampliação.
- c) Para além, a elaboração de novo modelo parece ser uma constante na doutrina produzida nos últimos anos.
- d) Dessa premência, surge a visão da deliberatividade como constituindo elemento fulcral para nortear a tomada de decisões; simbolicamente visto por alguns como já prenunciado na época de formação da doutrina democrática.

e) Aqui vai aparecer a necessidade de reconceituação do conceito de deliberatividade, com a tentativa de fixação de alguns requisitos para a sua verificação.

Destacamos aqui a questão da deliberatividade. Rubens Beçak (2014, p. 71, item 4.4, livro digital) conceitua “deliberação” como a tomada coletiva de decisão, mais precisamente na questão democrática, como “participação em um processo coletivo, no qual a livre exposição de ideias e suas justificativas para que a decisão seja tomada num sentido ou noutro, serão livremente debatidas, com iguais oportunidades”, pressupondo para a efetiva decisão “um tempo razoável para debate e o convencimento reciprocamente provocado”.

Entendemos que a deliberatividade tal como tratada por Beçak pode apontar para possíveis respostas à questão sobre quais os instrumentos que podem atribuir legitimação ao Poder Judiciário interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição. Nesse mesmo sentido, Monica Herman Caggiano (2011, p. 12):

Sob essa perspectiva, identifica-se no padrão proposto uma leitura moral da Constituição, seguindo a linha explorada também por Dworkin e reconhecendo no texto constitucional a possibilidade de tratamento moral das questões, ensejando um processo de interpretação e argumentação. E, exatamente, essa função interpretativa e argumentativa é que conduz ao exercício deliberativo, decorrente da diversidade de opiniões e posições que impõem o debate, a discussão e a deliberação para alcançar a interpretação que melhor se conformize [*sic*] às demandas e que se apresente mais justa.

Em complementação à referida resposta, temos a lição de Conrado Hübner Mendes (2008, p. 219), segundo a qual a interação entre Poderes é inevitável e a interação deliberativa é um ganho que pode levar o controle de constitucionalidade a ser “um mecanismo propulsor de melhores deliberações”, bem como intensificar a legitimidade democrática da decisão tomada, por demonstrar “os pressupostos e condições subjacentes ao valor moral desse processo de decisão coletiva”.

Sobre o assunto, ao retomar os riscos que os exageros interpretativos podem gerar ao Estado Democrático de Direito, adverte Elival da Silva Ramos (2015, p. 324-325) que o ativismo judicial tem singular

expressão no âmbito do Direito Constitucional em razão das características próprias da interpretação e aplicação do texto constitucional, tais como a estrutura lógica de normas-princípio e a imprecisão semântica da linguagem constitucional (com utilização frequente de conceitos indeterminados e valorativos). Conclui o referido autor ser necessária a construção de critérios efetivamente consistentes, que não permitam deformações para avaliar a função jurisdicional.

Assim, a hermenêutica constitucional deve contribuir para o estudo do tema ao debater questões centrais do Direito Constitucional, a natureza própria das normas constitucionais, a possibilidade de mutações constitucionais e a forma como ocorrem, o papel das Cortes constitucionais ante a crise da democracia representativa (p. ex., se compete às Cortes declararem valores morais consagrados na Constituição e na sociedade) e as formas de tomada de decisão no controle de constitucionalidade (p. ex., aqui pode ser incluída a questão da deliberação democrática).

Concluimos, portanto, que a aplicação de um sistema constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais a evitar a desconstrução do paradigma constitucional é pressuposto do Estado Democrático de Direito. E a deliberatividade pode apontar para possíveis respostas à questão sobre quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a democracia e a segurança jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição.

3. LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA INTERPRETAÇÃO DO SILÊNCIO CONSTITUCIONAL

3.1. A hermenêutica constitucional e o silêncio da Constituição

Ao retomar a lição de Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 143), temos que a missão da hermenêutica constitucional abrange o desenvolvimento de uma “teoria constitucional brasileira”:

Isso implica, por exemplo, discutir que tipo de constituição era a Constituição de 1988 ao ser promulgada e se as mudanças constitucionais ocorridas desde então alteraram seus fundamentos políticos, sociais e econômicos. 6. Mas talvez a discussão mais urgente acerca da inter-

pretação constitucional, que não guarda qualquer relação com uma discussão acerca de meros métodos, diz respeito ao papel do Supremo Tribunal Federal na interpretação constitucional. Cabe a esse tribunal fazer valer determinados valores constitucionais? Se sim, como decidir quais prevalecem em cada caso concreto? Ou ao STF cabe apenas zelar pelo bom funcionamento procedimental do regime democrático, deixando para o legislador a tarefa de decidir sobre os valores constitucionais a serem concretizados? Importante é ter em mente que a tarefa da interpretação constitucional irá variar de acordo com o enfoque acerca da função da constituição e de seu guardião na vida política do país. E não há discussão metodológica que prescindida dessa discussão de base.

Nesse contexto, Monica Herman Caggiano (2011, p. 17) faz análise acerca da evolução da natureza das normas constitucionais, da possibilidade de mutações constitucionais e do papel das cortes constitucionais. Demonstra a autora que com a absorção de novas matérias e novos direitos positivados as constituições passaram a apresentar textos analíticos e com uma diferenciada construção das normas incompletas ou programáticas, com preceitos abertos e não autoexecutórios.

Conclui Monica Herman Caggiano que, em relação ao Poder Judiciário, houve uma ampliação de seu poder por meio da interpretação. Fala-se mesmo em um papel diferenciado concedido ao Poder Judiciário, com a ampliação da esfera interpretativa e pela competência de exercer o controle de constitucionalidade. Por fim, a autora aponta para um possível efeito perverso desse quadro, qual seja, a atuação de viés neoconstitucionalista do Judiciário contra uma “petrificação Constitucional” que estaria a desestimular o desenvolvimento da democracia, o que poderia gerar reorientações ou, podemos dizer, mutações constitucionais¹⁷.

Sobre a ocorrência das mutações constitucionais e os pressupostos do Estado Democrático, Dalmo de Abreu Dallari (2016, p. 300-301) es-

17 O exemplo de reorientação constitucional dado pela autora é o da infidelidade partidária: “E, de fato, a atividade interpretativa expandida conduz, por inúmeras vezes, até mesmo a uma reorientação constitucional, a exemplo do que ocorreu no Brasil com o problema da infidelidade partidária, quando uma Resolução do Tribunal Superior Eleitoral criou uma hipótese de perda do mandato político não prevista na Constituição – por mudar de partido político, abandonando a legenda sob cuja bandeira o parlamentar ou membro do executivo se elegeu.” (CAGGIANO, 2011, p. 18)

creve sobre a necessidade de o Estado Democrático adaptar-se às novas circunstâncias sociais:

O Estado Democrático, para que realmente o seja, depende de várias condições substanciais, que podem ser favorecidas ou prejudicadas, pelos aspectos formais, mas que não se confundem com esses. Para que o Estado seja democrático precisa atender à concepção dos valores fundamentais de certo povo em uma época determinada. Como essas concepções são extremamente variáveis de povo para o povo, de época para época, é evidente que o Estado deve ser flexível, para se adaptar às exigências de cada circunstância.

No mesmo sentido, Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2014, p. 117-118 – item 6.2.3 – livro digital) descrevem a ocorrência de uma redefinição contínua do Estado de Direito:

Percebe-se nessa trajetória uma redefinição contínua do Estado de Direito, com a incorporação de conteúdos novos, em especial face à imposição dos novos paradigmas próprios ao Estado de Bem-Estar Social. O que ocorre não pode ser circunscrito, apenas, a um aumento no número de direitos, mas, isto sim, a uma transformação fundamental no conteúdo do Direito ele mesmo (...) Mais do que apontar a mutação das características tradicionais do Direito, a mudança de caráter da regra jurídica – não mais um preceito genérico e abstrato, mas uma regulação tendente à particularização –, de sua transitoriedade e, em consequência, de seu eventual desprestígio vinculado à sua complexidade, especificidade, technicalidade e proliferação, o que conduz ao seu difícil conhecimento por parte dos operadores jurídicos, é preciso perceber que o Estado de Direito passa a ser percebido a partir da adesão a um conjunto de princípios que se beneficiarão de uma consagração jurídica explícita e serão providos de mecanismos garantidores apropriados, fazendo com que a concepção formal fique submetida a uma concepção material ou substancial que a engloba e ultrapassa, tornando a hierarquia das normas um dos componentes do Estado de Direito substancial.

Sobre a rigidez da Constituição e a possibilidade de ocorrer as citadas redefinições, adaptações do Estado Democrático de Direito, há obra clássica de Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 3) que denomina tais fenômenos de mutações constitucionais e segundo a qual as Constituições rígidas sofrem modificações, mesmo sem alteração de texto por

emendas, com a adoção de novos significados ao texto original. A esse fenômeno a autora denomina, a depender de sua compatibilidade com a Constituição, de “mutações constitucionais” e “mutações inconstitucionais”. Eis os conceitos de Cunha Ferraz (2015, p. 3):

A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por mutações inconstitucionais.

Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 10-11) leciona que a Constituição é uma obra muitas vezes incompleta e para ser efetivamente aplicada exige o futuro exercício de um poder constituinte implícito (ou difuso) que irá definir, tratar de obscuridades, da continuidade à obra, sem poder, porém, contrariá-la, visto ser um poder limitado. Nesse sentido, ainda ensina Cunha Ferraz (2015, p. 183-184) que referido poder constituinte implícito atua em face de lacunas constitucionais, vazios, espaços em branco da Constituição:

Por outro lado, continua latente também, de modo não previsto e não organizado no chamado poder constituinte difuso, invisível, que intervéem quando necessário para preencher lacunas ou interpretar disposições constitucionais obscuras. Esse poder constituinte difuso é atuado pelos órgãos constitucionais que têm competência para aplicar normas constitucionais e que, mesmo diante da obscuridade do texto, precisam interpretá-lo para dar-lhe aplicação. É também posto em ação por esses mesmos poderes quando há na Constituição vazios, espaços em branco, que somente normas de natureza constitucional poderiam preencher e não o fazem. Nessas hipóteses, os poderes constitucionais têm o dever de atuar a Constituição, já que a situação, o comportamento ou o ato, que por ela deveriam ser regidos e não o são, devem encontrar resposta ou solução. É o caso, por exemplo, das lacunas ocultas, salientadas por Loewenstein. Assim, a lacuna constitucional, que pode ser preenchida pela interpretação da Constituição, em qualquer de suas modalidades, pode, igualmente, ser preenchida pelo costume constitucional, quer formado à base da ação do Legislativo, quer do Executivo, conforme caiba a um ou outro atuar a matéria constitucional em questão.

Em linha de raciocínio diversa sobre o tema da existência ou não das lacunas na Constituição, Lacerda e Sá Müller (2016, p. 103) negam legitimidade ao Judiciário para identificar e preencher eventuais lacunas constitucionais e reservam tal tarefa ao Poder Legislativo:

Isso suscita um problema de teoria do direito: pode-se falar na existência de lacunas constitucionais? Sustenta-se comumente que os conteúdos que faltam na Constituição foram omitidos pelo poder constituinte originário conscientemente: seriam, assim, lacunas no sentido político e não no sentido normativo, e por essa razão os juízes não estariam autorizados a supri-las. Desse modo, tais omissões não deveriam ser consideradas propriamente lacunas, pois essas só se dão infraconstitucionalmente (...). A adoção dos critérios da LINDB daria aos juízes um poder normativo equiparado ao do constituinte derivado. Desse modo, preencher o que é considerado ausente na Constituição é uma pretensão que, como procuraremos mostrar, não cabe ao Judiciário, mas ao Legislativo, na sua condição de reformador do texto constitucional.

Encontramos um contraponto a esta ideia, de usurpação pelo Judiciário do poder constituinte derivado pertencente ao legislador, quando Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 184) esclarece que as limitações a esse poder constituinte implícito são mais amplas do que aquelas aplicadas ao poder constituinte derivado (poder de reforma constitucional). Isso porque o poder constituinte difuso, ao contrário do constituinte derivado, não está expressamente autorizado a realizar tais mutações, mas sua autorização decorre da lógica de ser a Constituição uma obra incompleta. Portanto, o poder constituinte difuso deve se restringir a precisar ou modificar o sentido, significado e o alcance da Constituição, sem, porém, contrariar o seu texto e o seu conteúdo expresso.

Conclui Cunha Ferraz (2015, p. 11) que referido constituinte difuso atua especialmente em casos de lacuna constitucional, a ser preenchida pelo costume ou pela interpretação judicial, e “o preenchimento de lacunas constitucionais desencadeia assim a atuação de processos de mutação constitucional” (2015, p. 45).

Em resumo, Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 58-59) ensina que a mutação constitucional por via interpretativa ocorre nos seguintes casos:

a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentado-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender a exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.

Prossegue a autora (CUNHA FERRAZ, 2015, p. 61) no sentido de que os atos interpretativos de preencher lacunas constitucionais ou clarear obscuridades atribuem “alcance e significados não previstos ou imprecisamente previstos ao texto constitucional”.

Aqui entendemos que a categoria conceituada pela autora como “lacunas constitucionais” pode ser mais bem classificada como “silêncio normativo” ou “silêncio constitucional” (por se referir ao silêncio da norma constitucional) ou à “indeterminação da norma constitucional”, pois envolvem complementação de alcance ou determinação de significados pelo aplicador do direito conforme o próprio sistema constitucional. “Lacunas” seria a ausência de uma regulamentação normativa a determinado caso concreto ou mesmo a ausência de regra de escolha entre aplicação da norma geral inclusiva ou exclusiva que solucionaria referida ausência normativa, o que não ocorre no caso, visto ser possível extrair tais normas do próprio sistema constitucional.

Em sentido semelhante a esse, o ministro Ayres Britto (STF, 2011, p. 19, no debate do voto do ministro Gilmar Mendes) defendeu na Adin 4.277, que discute a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo:

Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação.

Adotada uma ou outra posição, certo é que são vários os fatores internos e externos que destacam o papel transformador da interpretação constitucional, assim como os elencados por Cunha Ferraz (2015, p. 126):

Vários fatores internos realçam esse papel transformador da interpretação judicial: a linguagem, o caráter sintético das constituições, as lacunas e omissões constitucionais; ao lado desses, os fatores externos, quais sejam: (a) a mutabilidade social que provoca o surgimento de novas necessidades e novas situações impossíveis de serem previstas pelos constituintes, mas inteiramente percebidas pelo intérprete judicial ao aplicar a Constituição; (b) a mudança, razoável, admissível e legítima, na intenção dos próprios intérpretes e aplicadores constitucionais que sofrem, eles mesmos, influência das transformações sociais, políticas, econômicas e históricas; e (c) a evolução dos valores (políticos, filosóficos, econômicos, morais) e das ideias-base, subjacentes a toda Constituição, que não podem ser desconhecidas ou ignoradas no momento da interpretação e aplicação da norma constitucional ao caso concreto.

Apesar de defender referido papel transformador da interpretação constitucional e reconhecer a atuação dos citados fatores internos e externos nessa atividade, Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 62-63) adverte para o risco de “frustração ou desvirtuamento” do texto constitucional e dos princípios fundamentais da Constituição pelo processo interpretativo. Tal risco não pode justificar seja a interpretação proibida de realizar mudanças constitucionais. Defende a autora que os processos interpretativos devem ser “ponderados e absorvidos pelos mecanismos de controle de constitucionalidade que, por igual, devem evoluir de modo a assegurar, eficazmente, a certeza e a supremacia da Constituição”. A necessidade de controle e limitações ao poder de mutação constitucional é ressaltado pela autora na seguinte passagem (2015, p. 243):

Todavia, a prática constitucional revela constantemente que nem sempre as limitações impostas são observadas, e as mudanças constitucionais escapam, muitas vezes, a qualquer controle. A ausência de controle é resultado de vários fatores: os processos de mudança são incontroláveis pela natureza da matéria que versam ou pelo modo em que ocorrem; os controles são ineficazes, não os atingindo em plenitude; ou predominam, sobre eles, forças extraconstitucionais, forças políticas, pressões de grupos sociais etc., de tal sorte que a mudança inconstitucional se impõe e gera efeitos na vida constitucional do Estado.

Na mesma linha de raciocínio, Hélio Silvio Ourém Campos (2011, p. 333) entende que, atualmente, há destaque na função do Poder Judiciário para a atividade de “extrair da Constituição tudo o que dela pode ser legitimamente retirado”, porém, defende que é exigível limitação a tal atividade, não sendo legítimo reescrever a Constituição, a não ser pelo adequado processo de emenda constitucional. Assim, para Campos (2011, p. 341-342), a Constituição deve ser tomada como limite e fundamento das decisões, e o silêncio constitucional deve ser considerado como manifestação de vontade. Em resumo, entende Campos (2011, p. 342-343) que:

Assim, considero consensual que, embora ao juiz seja dada uma certa margem de liberdade, não lhe é possível transferir as decisões em matérias de cunho político, tal como a da elaboração de normas constitucionais. Portanto, devendo o Judiciário comportar-se de acordo com a lei, e não tratando a norma constitucional das técnicas de colmatação das lacunas, é de se ter em conta a extrema cautela na discussão de um tema como o das lacunas constitucionais.

Na prática, porém, nos parece que não há a implementação dessa cautela ou de efetiva delimitação de critérios de controle à racionalidade das decisões judiciais sobre o silêncio constitucional.

Com efeito, David Diniz Dantas (2005, p. 287-288), ao analisar os critérios de interpretação utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, conclui pela ausência de uniformidade metodológica nas decisões da Corte.

À época do estudo realizado por Dantas em 2002 (atualizado em nova edição em 2005), constatou o autor que havia preponderância da utilização da interpretação sistemática como complementação da interpretação gramatical e uma análise em plano bastante formal, sem cognição adequada das questões de fato na interpretação realizada no controle de constitucionalidade pelo STF. Porém, não identificou o autor a existência de uniformidade metodológica nas decisões da Corte.

O contexto, que já não apresentava uniformidade metodológica, evoluiu para uma ampliação na atuação do STF, o que nos leva a questionar se a corte atua fora dos limites constitucionais, conforme o que se tem denominado “ativismo judicial”.

Referida ampliação da atuação do STF foi debatida na Adin 4.277, que discute a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse julgamento, o ministro Gilmar Mendes (STF, 2011, p. 10-11 do voto) destacou a atuação criativa do Tribunal sob fundamento de efetivação dos direitos fundamentais:

Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Já o Ministro Celso de Mello (STF, 2011, p. 45-46 do voto) intenta negar o ativismo judicial do STF, nesse caso, a exigir colmatação de omissão inconstitucional:

IX. A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República. Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, entre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Diante desse quadro, o contexto descrito parece ter mudado, e muito, não tanto na questão metodológica, que parece continuar sem uniformidade, mas pela utilização dos métodos de interpretação por meio de uma atuação que pode levar ao denominado “ativismo judicial”, conforme pode ser constatado da obra de Elival da Silva Ramos, que concluiu haver um avanço do ativismo no âmbito da nossa Corte Constitucional (2015, p. 329).

Sobre o tema, escreve Rubens Beçak (2008, p. 334) que episódios recentes do STF (p. ex., interpretação da denominada “cláusula de barreira” ou mesmo da fidelidade partidária) nos alertam para reflexão acerca do exercício da atividade política para órgãos não escolhidos pelo critério democrático tradicional. Beçak reconhece legitimidade ao Judiciário para referida atuação, especialmente para “colmatar os espaços deixados omissos pelo legislador”, porém, para que não haja risco ao valor que a Democracia representa ao desenvolvimento da atividade política, propõe que devemos refletir se, em casos dessa natureza, deveria o Tribunal Constitucional atuar apenas como mediador, regulador do processo.

Assim, seja em razão da apontada ausência de uniformidade metodológica nas decisões do STF, seja pela expansão do ativismo judicial na Corte, devemos passar à análise de possíveis instrumentos que podem atribuir legitimação ao Poder Judiciário para interpretação do silêncio constitucional.

3.2. Instrumentos democráticos de participação e de diálogo na Justiça constitucional

Como visto, a Constituição Federal é um sistema cujas integridade e coerência são pressupostos do Estado Democrático de Direito. A integridade e a coerência do sistema devem ser construídas democraticamente. A Justiça constitucional, exercida pelo STF, é um instrumento de garantia daqueles pressupostos e, assim, deve desenvolver sua dimensão democrática.

Propomos aplicar a Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de PETER HÄBERLE (1997) para fundamentar que o desenvolvimento de novos princípios dentro do próprio sistema constitucional pode ser realizado pelo STF por meio da interpretação do silêncio constitucional por influência do Direito consuetudinário e legitimado por meio de instrumentos de participação democrática da sociedade.

Além da ampliação dos intérpretes da Constituição, propomos que a legitimação do STF na construção de sentido normativo do silêncio constitucional fundamente-se em um procedimento de deliberação dialógica, nos termos da Teoria de “Direito e Democracia” de JÜNGER HABERMAS (1994).

Como exemplo de aplicação de tais teorias ao tema, podemos citar a legitimação do papel contramajoritário do STF, uma vez que a interpreta-

ção do silêncio constitucional seja resultado de uma deliberação dialógica com a participação efetiva da sociedade, o que equilibra as tensões entre grupos majoritários e minoritários na busca de um consenso possível.

É certo que, em um trabalho completo sobre o tema, devemos refletir sobre tais teorias também de acordo com as críticas ao controle judicial de constitucionalidade e à dificuldade em se chegar a consensos por esse instrumento, tais como as obras *Democracy and Distrust*, de JOHN HART ELY (1981), e *Law and Disagreement*, de JEREMY WALDRON (1999). Assim, para que seja concretizada a legitimação do Poder Judiciário na interpretação do silêncio constitucional, devem ser aplicados instrumentos de participação e deliberação dialógica no processo interpretativo.

Nesse ponto, o problema envolve a efetividade dos instrumentos de participação democrática no processo de controle de constitucionalidade como as audiências públicas e o instituto do *amicus curiae*¹⁸. Não há estudos concretos sobre a efetividade de tais instrumentos, em especial o necessário levantamento de dados e análise empírica para confirmar ou infirmar a utilização efetiva dos referidos instrumentos.

Portanto, além da proposta apresentada por esse trabalho de legitimação do Poder Judiciário para interpretação do silêncio constitucional conforme a separação de poderes e o paradigma do Estado Democrático de Direito, importante ressaltar também a necessidade de prosseguimento da pesquisa em questão, agora também em termos de pesquisa empírica para a verificação concreta da efetividade dos instrumentos de participação e deliberação dialógica no processo interpretativo.

CONCLUSÕES

Com base na análise realizada no presente trabalho podemos concluir que, apesar de consagrar a separação de poderes, na Constituição Federal de 1988 não há claros limites de controle da racionalidade jurídica diante das hipóteses de silêncio constitucional, o que coloca em

18 Em sede de controle de constitucionalidade, as audiências públicas e o *amicus curiae* estão previstos na Lei nº 9.868/1999 (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade) e na Lei nº 9.882/1999 (Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental).

debate a legitimação democrática do papel do Poder Judiciário na construção do sentido normativo do silêncio constitucional em questões fundamentais ao Estado Democrático de Direito.

Concluimos, também, que é possível distinguir a legitimidade da legitimação do Poder Judiciário no tema em questão.

A legitimidade do Poder Judiciário está prevista em regra de competência (artigo 102, I, *a*, da CF de 1988) para construir sentido normativo do silêncio constitucional. Mas a solução da questão apenas por esse aspecto formal não é suficiente e é necessário que deliberações judiciais sobre o silêncio constitucional sejam também resultado de um processo de legitimação democrática.

A legitimação do Poder Judiciário deve ser resultado do procedimento que utiliza instrumentos de participação e de diálogo, o que pode qualificar a deliberação tomada como democrática. O Poder Judiciário, enquanto instituição do Estado e em respeito à separação de poderes, deve se utilizar de instrumentos de participação e deliberação dialógica (tais como as audiências públicas e o instituto do *amicus curiae*) no processo interpretativo, para decidir democraticamente sobre o sentido normativo do silêncio constitucional.

Portanto, além do estudo da adequada sistematização do tema, necessária se faz a verificação empírica da efetividade dos referidos instrumentos de participação democrática, o que se propõe como objetivo para o prosseguimento da presente pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, B. Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 93, p. 1013-1072, jan. 1984. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/149>. Acesso em: 12/10/2019.

_____. *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *We the People: Transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ALEXY, R. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARAUJO, L. A. D. Controle concentrado da constitucionalidade e segurança jurídica no sistema brasileiro. *In*: MAUÉS, A. G. M.; SCAFF, F. F.; BRITO FILHO, J. C. M. de (Org.). **Direitos fundamentais e relações sociais no mundo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____; MAUÉS, A. M. Linguagem, Constituição e lei: a Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, ano 14, n. 19, p. 63-74, jan./jul. 2016.

ÁVILA, H. B. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BEÇAK, R. A dimensão ético-moral e o direito. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 9, p. 307-320, jan./jun. 2007.

_____. A Separação de Poderes, O Tribunal Constitucional e a “Judicialização da Política”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 325-336, jan./dez. 2008.

_____. **Democracia - Hegemonia e Aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Sólon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2/9/2019.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **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**. Brasília: Diário Oficial da União, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 2/9/2019.

_____. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos**

termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 2/9/2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 371**. Brasília: STF, 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1505468>>. Acesso em: 2/9/2019.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Brasília: STF, 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>>. Acesso em: 2/9/2019.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 2/9/2019.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Brasília: STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 2/9/2019.

_____. **Recurso Extraordinário nº 593727 (Repercussão Geral)**. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>>. Acesso em: 2/9/2019.

CAGGIANO, M. H. Democracia x Constitucionalismo: um navio à deriva? **Cadernos de Pós-Graduação em Direito, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 1, p. 5-42, 2011.

CAMPOS, H. S. O. O Direito Brasileiro, as Lacunas Constitucionais, o Silêncio Eloquente e os Conceitos Jurídico-Constitucionais Indeterminados. **Série Monografias do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 11, p. 319-413, 2011. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1443>>. Acesso em: 12/9/2019.

CANARIS, C. W. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de Antonio Manuel da Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

DANTAS, D. D. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. 2. ed. São Paulo, Madras, 2005.

DWORKIN, R. M. **Law's Empire**. Cambridge : Harvard University Press, 1986.

ELY, J. H. **Democracy and Distrust: a theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

FERRAZ, A. C. D. C. **Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 5, p. 5-33, out./dez. 1993.

_____. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. 2. ed. Osasco: EdiFieo, 2015.

FOLEY, M. **The Silence of Constitutions: Gaps, 'abeyances' and political temperament in the maintenance of government**. Abingdon: Routledge, 2011.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretres da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

LACERDA, B. A.; MÜLLER, M. D. S. **As lacunas constitucionais e o direito como integridade: análise de um caso concreto**. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n.1, p. 102-118, abr. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2016v20n1p102>>. Acesso em: 12/9/2019.

LASSALLE, F. **O que é uma Constituição?**. Leme: Edijur, 2016.

LOUGHLIN, M. **The Silences of Constitutions**. **Freiburg Institute of Advanced Studies**, Freiburg, p. 1-16, 2017. Disponível em: <http://www.jura.uni-freiburg.de/de/institute/rphil/freiburger_vortraege/silences-of-constitutions-m.-loughlin-manuskript.pdf>. Acesso em: 12/9/2019.

MENDES, C. H. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciência Humanas, Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. **Neither Dialogue Nor Last Word: Deliberative Separation of Powers III**. *Legisprudence*, v. 5 (1), p. 1-40, Junho 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1911852>>. Acesso em: 12/9/2019.

MIRANDA, J. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOJIRI, S. *Neoconstitucionalismo versus Democracia - um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES JÚNIOR, V.S. *A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

_____. ARAUJO, L. A. D. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2018.

RAMOS, E. D. S. *Ativismo Judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVÓRIO, F.J.D. *La “Constitución abierta” y su interpretación*. Lima: Palestra, 2004.

_____. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

SCALIA, A. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2018.

SILVA, J. A. D. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 49, p. 368-388, jul.-set. 2004.

SILVA, V. A. D. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In: SILVA, V. A. D. Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

_____. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, 2009.

STRAUSS, D. A. *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUNSTEIN, C. **A Constituição Parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. (org.). **Justiça Constitucional. Pressupostos Teóricos e Análises Concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

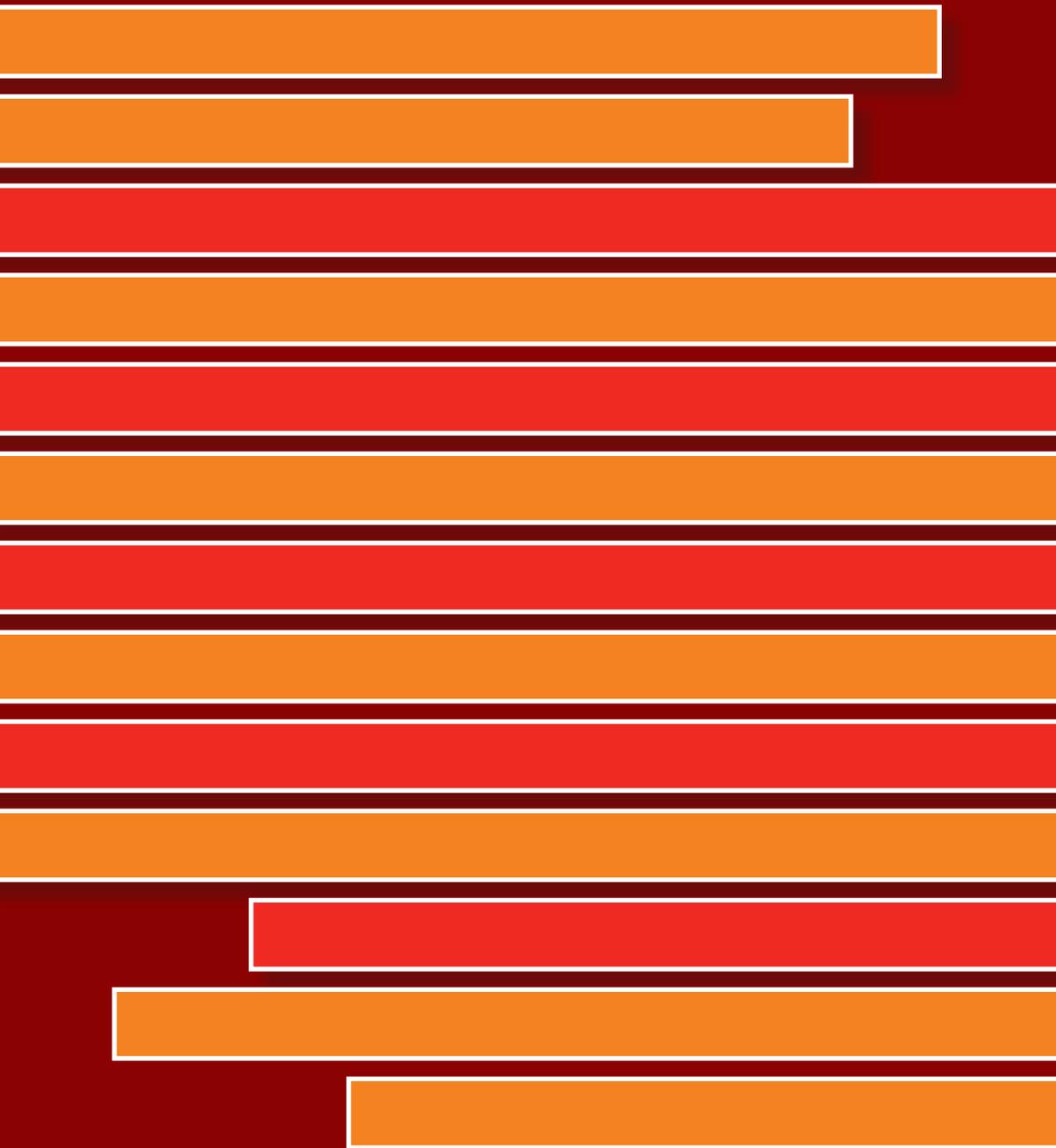
_____. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBE, L. H. **Advanced Con Law Seminar: 'Constitutional Silences'**. Harvard Law School, 2016. Disponível em: <<https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=69406>>. Acesso em: 12/9/2019.

_____. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

_____. **Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence**. **Indiana Law Journal**, Indiana, v. 57, n. 4, mar. 1982. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol57/iss4/1>>. Acesso em: 12/9/2019.

WALDRON, J. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.



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