



UNIVERSIDADE
FUMEC

DOSSIÊ TEMÁTICO
PROCESSO CONSTITUCIONAL -
HOMENAGEM AO PROF.
DR. JOSÉ ALFREDO DE
OLIVEIRA BARACHO

REVISTA DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

Volume 18

Número 4

2023

REITORIA

Reitor:

Prof. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão:

Prof. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo

Prof. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

Coordenador do Programa de Mestrado na área de concentração Instituições Sociais, Direito e Democracia:

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FUMEC

Rua Cobre, 200, Cruzeiro Belo Horizonte/MG – CEP 30310-190

Tel (31) 3228-3090 – Site: www.fumec.br

REVISTA MERITUM COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM

Prof. Adriano da Silva Ribeiro (Editor Adjunto e Responsável Técnico)

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

NÚCLEO DE APOIO À REVISTA MERITUM

Mestrando Almir Teixeira Esquárquio (PPGD/FUMEC)

REVISOR E TRADUTOR DE INGLÊS

Site: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/>

E-mail: revistameritum@fumec.br

BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC

Priscila Reis (Coord. de Área, Doutoranda em SIGC)

PROJETO GRÁFICO

Therus Santana

EDITORAÇÃO

Tecnologia da Informação

Creative Commons License

Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC / Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. - v. 18, no. 4
(set./dez. 2023)- . - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2006- .

v.

Quadrimestral
ISSN 2238-6939 (Online)

1. Direito. I. Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde.

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta
e exclusiva responsabilidade de seus autores

Conselho Editorial

Adolfo Ingácio Calderón, Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC Campinas)

Arno Dal Ri Jr, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

César Augusto Baldi, Universidad Pablo Olavide (UPO), Sevilha, Espanha

Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC

David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha

Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Erica Palmerini, Scuola Superiore Sant'Anna (SSSUP), Pisa, Itália

Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS

Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC

Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)

Jan Peter Schmid, Instituto Max Planck (MPI), Alemanha

Jean-Christophe Merle, Faculdade de Filosofia da Universidade de Saarbrücken, Alemanha

José Filomeno de Moraes Filho, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Joaquim Carlos Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Jorge Renato dos Reis, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Kennedy Kihangi Bindu, Université Libre des Pays des Grands Lacs (ULPGL) – República Democrática do Congo

Manuel David Masseno, Instituto Politécnico de Beja (IPBeja), Universidade de Porto (UP), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nattan Nisimbat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

Otávio Luiz Rodrigues Junior, Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB)

Paula Nunes Correia, Universidade de Macau (UM), Macau, China

Raymundo Juliano Rego Feitosa, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

SUMÁRIO/SUMMARY

Artigos

- PROCESSO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL 10
DUE PROCESS OF LAW AND JUDICIAL REVIEW
José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior
- PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO E DECIDIBILIDADE DEMOCRÁTICA 27
CONSTITUTIONALIZED PROCESS AND DEMOCRATIC DECIDIBILITY
Amanda Pereira
Vitor Salino de Moura Eça
- CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA E A FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO NA GARANTIA DE ACESSO
À JUSTIÇA 40
*SYMBOLIC CONSTITUTION AND THE SOCIAL FUNCTION OF
THE STATE IN GUARANTEEING ACCESS TO JUSTICE*
Francisca Iracema de Souza Cavassa
Ana Rosa Góes Soares
Heitor Romero Marques
- A EMERGÊNCIA DE UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL NA EXEGESE DE UM
DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: A NECESSIDADE DE CODIFICAÇÃO 56
*THE EMERGENCY OF A CONSTITUTIONAL PROCEDURE CODE IN THE EXEGESIS
OF A CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW: THE NEED FOR A CODIFICATION*
José Laurindo de Souza Netto
Adriane Garcel
Karen Paiva Hippertt
- PODER E TÉCNICA NA DIMENSÃO DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL 71
POWER AND TECHNIQUE IN THE DIMENSION OF CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW
Gilberto Ferreira Marchetti Filho
Miriam Fecchio Chueiri
Rodrigo Brunieri Castilho
- METAS DE JULGAMENTO DO CNJ E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS:
ANÁLISE CRÍTICA BASEADA NA TEMPERANÇA 88
*CNJ JUDGMENT GOALS AND CONSTITUTIONAL PROCEDURAL
PRINCIPLES: CRITICAL ANALYSIS BASED ON TEMPERANCE*
Victor Saldanha Priebe
Fabiana Marion Spengler
- A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL FRENTE À JURISPRUDÊNCIA
DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO 103
*THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF APPEAL DIALETICITY BEFORE THE DEFENSIVE
JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURTS AND THE CONSTITUTIONAL MODEL OF THE PROCESS*
Sérgio Henriques Zandona Freitas
Laís Alves Camargos²
Lucas Lafeté Lopasso³

O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL.....	120
<i>THE PRINCIPLE OF THE INSTRUMENTALITY OF THE FORMS AND THE EFFECTIVENESS OF THE JURISDICTIONAL PROTECTION</i>	
Samuel Procópio Menezes de Oliveira Alexandra Clara Ferreira Faria	
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES VERSUS MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: DA NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DA SUBJETIVIDADE DO JULGADOR POR MEIO DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO PROCESSO.....	144
<i>FOUNDATIONS FOR DECISIONS VERSUS REASONS FOR COURT DECISIONS: THE NECESSARY OVERCOME OF THE JUDGE'S SUBJECTIVITY THROUGH THE CONSTITUTIONALIST THEORY OF PROCESS</i>	
Sérgio Henriques Zandoná Freitas Gabriela Oliveira Freitas ² Paula Rocha de Oliveira ³	
O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO E SUAS INTERFACES E CONEXÕES COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015	161
<i>THE CONSTITUTIONAL MODEL OF THE PROCESS AND ITS INTERFACES AND CONNECTIONS WITH THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015</i>	
Joseli Lima Magalhães	
(RE)PENSANDO O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO À LUZ DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ÂMBITO INTERNO.....	184
<i>(RE)THINKING THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE BASED ON CONVENTIONALITY CONTROL AT THE NATIONAL LEVEL</i>	
Enio Nakamura Oku	
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TÉCNICAS DE DECISÃO NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS: O MODELO BRASILEIRO.....	212
<i>BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT TECHNIQUE DECISIONS IN ABSTRACT CONTROL OF NORMS: THE BRAZILIAN MODEL</i>	
Otávio Martinez Isaquiel Ferreira Eliana Franco Neme	
A IMPOSSIBILIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA PARLAMENTARISTA NA DEMOCRACIA BRASILEIRA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	232
<i>THE IMPOSSIBILITY OF IMPLEMENTING THE PARLIAMENTARY SYSTEM IN BRAZILIAN DEMOCRACY FROM THE VIEW OF THE 1988 CONSTITUTION</i>	
Yhan Felipe Barbosa Chaves Heitor Romero Marques Bruno Almeida Albertini	
A INCLUSÃO DIGITAL COMO GARANTIA DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO: OS CONTRIBUTOS DE JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO PARA UMA TEORIA DEMOCRÁTICA DO PROCESSO NA ERA DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA	243
<i>DIGITAL INCLUSION AS A GUARANTEE OF THE CONSTITUTIONAL PROCESS MODEL: JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO'S CONTRIBUTIONS TO A DEMOCRATIC THEORY OF PROCESS IN THE ERA OF TECHNOLOGICAL REVOLUTION</i>	
Ana Lúcia Ribeiro Mól Edilene Lôbo	
ESTUDOS INICIAIS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: FERRAMENTA ACESSÓRIA OU UM NOVO SUJEITO PROCESSUAL?	256
<i>INITIAL STUDIES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: ACCESSORY TOOL OR A NEW PROCEDURAL SUBJECT?</i>	
Danúbia Patrícia de Paiva Helena Patrícia Freitas	

<p>APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL268</p> <p><i>APPLICATION OF THE PRINCIPLES OF CONTRADICTION AND BROAD DEFENSE IN THE POLICE INVESTIGATION</i></p> <p>Carlos Eduardo Montes Netto Danilo Henrique Nunes Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira</p>	268
<p>OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA HUMANIDADE E PESSOALIDADE NA APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DAS PENAS.....286</p> <p><i>THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF HUMANITY AND PERSONALITY IN THE APPLICATION AND EXECUTION OF PENALTIES</i></p> <p>Ronan Cardoso Naves Neto Marina Araújo Campos Cardoso Sebastião Sérgio Silveira</p>	286
<p>TELEVISÃO: SERVIÇO PÚBLICO, REGIME JURÍDICO E NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS304</p> <p><i>TELEVISION: PUBLIC SERVICE, LEGAL REGIME AND NEED FOR ADAPTATION TO CONSTITUTIONAL DICTATIONS</i></p> <p>Cláudio Iannotti da Rocha Pedro Machado Tavares</p>	304
<p>LEVANDO OS DIREITOS DA PERSONALIDADE A SÉRIO: UMA ANÁLISE ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL, NO CONTEXTO DE JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA, E O CARATER OBRIGATÓRIO DOS PRECEDENTES DAS “CORTES DE VÉRTICE”.....326</p> <p><i>TAKING THE RIGHTS OF PERSONALITY SERIOUSLY: AN ANALYSIS BETWEEN JUDICIAL ACTIVISM, IN THE CONTEXT OF THE JUDICIALIZATION OF LIFE, AND THE MANDATORY CHARACTER OF THE PRECEDENTS OF THE “VERTICE CUT”</i></p> <p>Dirceu Pereira Siqueira Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira Lima</p>	326

DOSSIÊ TEMÁTICO PROCESSO CONSTITUCIONAL - HOMENAGEM AO PROFESSOR DR. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

APRESENTAÇÃO

Este dossiê nasce da unanimidade sobre a justa homenagem que se presta, na REVISTA MERITUM, ao querido e saudoso Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho, um dos maiores juristas brasileiros na história, um homem à frente de seu tempo, um dos autores mais citados e referenciados no Brasil e no Mundo.

Mineiro de Teófilo Otoni, nascido em 1928, formou-se no Curso de Direito da Universidade de Minas Gerais (atual UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais), mesma instituição em que ingressou como docente auxiliar em 1970, após um ano de advocacia de muito sucesso.

Exerceu a Diretoria da Faculdade de Direito da UFMG por duas oportunidades, de 1978 a 1982 e de 1990 a 1994. Recebeu vários prêmios e destaques durante sua trajetória, podendo-se ressaltar a Grande Medalha da Inconfidência Mineira, concedida pelo Governo do Estado de Minas Gerais, em 1982, e a Medalha Pontes de Miranda, em 1983, concedida pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Foi eleito o primeiro presidente do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito) em 1989 e o primeiro agraciado com o título de sócio honorário (em 2001), no X Encontro Nacional da instituição, em Florianópolis-SC.

Além de grande liderança na advocacia, o Professor Baracho dedicou-se de forma incansável às pesquisas, leituras e redação de textos jurídicos, eis que grande conhecedor dos clássicos nacionais e internacionais.

Dedicou-se, desde o início de seus estudos, em aprofundar pesquisa sobre a Teoria do Estado, Teoria do Federalismo, Direitos Sociais e Fundamentais, Administração Pública, Direito Eleitoral, Direito Comunitário, Processo Legislativo, Direito Constitucional, Direito Processual Constitucional, chegando a escrever também, dentro de sua versatilidade, sobre Clonagem, Bioética, Bioconstituição e Biodireito.

Publicou centenas e centenas de textos, além de inúmeras palestras e apresentações, todas destacadas pelo ar crítico, o debate contemporâneo, conciliando autores nacionais e estrangeiros, inovando sempre numa perspectiva ambiciosa no seu tempo.

Produziu três teses de grande destaque e repercussão na academia, a primeira foi vinculada à sua livre-docente, defendida em 1976, sobre Direito Político e Regimes Políticos [São Paulo:

Resenha Universitária, 1977], apontando os caminhos dos regimes democráticos, entre o Direito e a Política. A segunda tese foi seu premiado trabalho final do doutorado em Direito Constitucional e Teoria Geral do Federalismo [Rio de Janeiro: Forense, 1986], aclarando o federalismo político e o Estado de Direito. E, por último, a tese que conquistou a Cátedra de Teoria Geral do Estado na UFMG (cadeira ocupada de 1982 a 1998), sobre o Processo Constitucional [Rio de Janeiro: Forense, 1984], resultante de sua clássica obra, por meio de sua visão progressista, anterior a própria Constituição de 1988, em que já apontava o Processo vinculado aos marcos do Estado democrático de Direito, entre os estudos constitucionais e o direito processual, e as agonias atemporais vividas no tempo na pesquisa e nos dias de hoje.

No Brasil, o Professor Baracho foi o precursor do estudo do modelo constitucional do processo, sendo de se destacar, em 1984, a publicação pioneira no ramo, com sua obra intitulada “Processo Constitucional”.

O Professor Baracho faleceu aos 79 anos, em setembro de 2007, deixando um grande legado evolutivo em vários ramos do Direito, em especial, no Direito Processual Constitucional.

Assim, por meio dos trabalhos escritos e das reflexões aqui publicadas na Revista MERITUM, o Direito Constitucional e o Direito Processual Constitucional, nas bases do homenageado Professor Baracho, estão perenes como baluartes da amadurecida democracia brasileira. Que essa seja uma comemoração do pensamento em sua melhor forma de expressão, uma forma capaz de guardar a memória dos grandes pensadores, aqui, em especial, a homenagem ao Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho.

Os Coordenadores do presente dossiê, Editores da Revista MERITUM, na Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH), da Universidade FUMEC, agradecem a todos aqueles que o tornaram possível, em destaque os autores, os componentes dos Grupos de Pesquisa ProPic da instituição, à equipe da Biblioteca e do Setor de Diagramação, cuja colaboração foi fundamental para a publicação dos trabalhos apresentados.

Importante anotar que os artigos do presente dossiê foram submetidos à regular dupla avaliação cega, como em qualquer número do periódico, sujeitando-se às suas exigências e normas.

Aos leitores e pesquisadores, em suas mãos, uma fonte essencial e permanente de consulta.

Professor Doutor ADRIANO DA SILVA RIBEIRO
Professor Doutor SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS
Editores da Revista MERITUM

PROCESSO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

DUE PROCESS OF LAW AND JUDICIAL REVIEW

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR¹

RESUMO

O presente artigo inicia-se com a análise dos fundamentos e objetivos do Processo Constitucional, especialmente em seu entrelaçamento com a efetivação dos direitos fundamentais. Em seguida, investigamos as relações entre o Processo Constitucional e a jurisdição constitucional, ressaltando a maior amplitude do primeiro e a subordinação da segunda a seus propósitos gerais. Passaremos então a problematizar a jurisdição constitucional no Brasil, especialmente à luz do fortalecimento do modo abstrato de controle repressivo, bem como os desvios que tal centralização tem significado. Por fim, discutiremos a adoção de institutos do *stare decisis* num sistema de tradição romano-germânica, destacando que, para ser salutar, contribuições como essa devem ser paulatinas e aprofundadas.

Palavras-chave: Processo Constitucional. Jurisdição constitucional difusa. Controle repressivo de constitucionalidade, concreto e abstrato. Supremo Tribunal Federal e cortes constitucionais. Centralização da jurisdição constitucional. Precedentes na tradição romano-germânica.

ABSTRACT

This article begins with the análise of the foundations and objectives of the Constitutional Process, especially in its intertwining with the realization of fundamental rights. Next, we investigate the relations between the Constitutional Process and constitutional jurisdiction, emphasizing the greater breadth of the first and the subordination of the second to its general purposes. We will then problematize the constitutional jurisdiction in Brazil, especially in light of the strengthening of the abstract mode of repressive control, as well as the deviations that such centralization has meaning. Finally, we will discuss the adoption of institutes of the decision-making stare in a system of Roman-Germanic tradition, highlighting that, to be wholesome, contributions like this must be paulatine and in-depth.

Keywords: *Due Process of law. Judicial Review. Repressive control of constitutionality, concrete and abstract. Supreme Court and constitutional courts. Centralization of constitutional jurisdiction. Precedents in roman-germanic tradition.*

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1990), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1993) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998). Realizou estudos de pós-doutorado na Harvard Law School (1999). Professor adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: meio ambiente, direito, constituição, cidadania e dano. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/1367580334173100>.

1. INTRODUÇÃO

Os debates sobre a jurisdição constitucional no Brasil ganharam inédita intensidade após a Constituição de 1988. O efeito era esperado, posto que o novo texto ampliou significativamente a legitimação extraordinária para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem assim o catálogo de ações constitucionais, além de instituir a inconstitucionalidade por omissão, sendo ainda importante mencionar a jurisdição constitucional abstrata de instituição obrigatória em todos os tribunais de justiça do país, no que concerne às constituições estaduais.

Além do texto original da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional adveio também de normas posteriores, especialmente da Emenda Constitucional n. 3/93 e das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99.

Devemos ainda considerar o arrojamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de jurisdição constitucional, quando aplicou institutos não previstos em nossa normativa processual, e estendeu outros a situações não estabelecidas nas hipóteses constitucionais ou legais.

Como resultado da dilatação da jurisdição constitucional, o tema se tornou um dos principais focos de debates e controvérsias, não só no pretório excelso, mas também nos demais tribunais e nas instituições acadêmicas.

As técnicas de controle, ou os métodos da jurisdição constitucional, têm sido objeto de inúmeras pesquisas doutrinárias e aplicações jurisprudenciais, resultando na redução do fórum de compreensão da atividade jurisdicional-constitucional a escassos iniciados, distanciando-se, destarte, de um público diverso e conseqüentemente mais representativo.

Por outro lado, a finalidade última da jurisdição constitucional, a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, foi recuada para um plano mais e mais esfumado; os direitos fundamentais sempre estarão lá, como pano de fundo da jurisdição constitucional, todavia, perdendo dia a dia a centralidade das reflexões.

O presente trabalho tem por finalidade analisar os fundamentos do processo constitucional, conceito dentro do qual acomoda-se a jurisdição constitucional, e tem o objetivo de acentuar a importância de tomá-lo como o arcabouço conceitual da jurisdição constitucional, de modo a reduzir o papel das técnicas e métodos, condicionando-os ao propósito de assegurar o exercício dos direitos e garantias consagrados no texto, ou que dispensam previsão lavrada.

O processo constitucional procura não obscurecer este propósito mais ambicioso, que se eleva além das idiosincrasias metodológicas das autoridades responsáveis por decidir sobre a aplicação das normas constitucionais, e almeja penetrar as camadas mais profundas da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Para a consecução desse escopo, inicialmente vamos compreender a essência do processo constitucional, e em seguida refletir sobre seu entrelaçamento com os direitos fundamentais. Prossequindo, vamos analisar o crescimento e enrijecimento da jurisdição constitucional no país, suas origens e fundamentos, para posteriormente apontar aspectos institucionais e metodológicos voltados para o aprimoramento desta jurisdição no país.

2. O PROCESSO CONSTITUCIONAL MODERNO

José Alfredo de Oliveira Baracho identifica a origem do Processo Constitucional moderno nos diversos procedimentos aceitos para a declaração de inconstitucionalidade das leis (BARACHO, 1984).

Efetivamente, ao analisar a decisão no caso paradigma *Marbury v. Madison*, constatamos que esta inseriu o *due process of law* no julgamento da compatibilidade das leis com a Constituição, conseqüentemente trazendo também para a apreciação judicial de matéria constitucional a observância do juízo natural, do contraditório e da ampla defesa.

O constitucionalismo francês já testemunhava então diversas formas de violações constitucionais e dos direitos humanos², que encontravam resistência somente na seara política (BARACHO, 1984, p. 246).

Ademais, no processo de elaboração legislativa, quando a oposição a projetos de lei poderia fundamentar-se em objeções constitucionais, a solução proferida pelo Poder Legislativo raramente fundamentava-se na doutrina constitucional, privilegiando a resultante das forças políticas antagônicas.

A par das disputas políticas características da sucessão do presidente John Adams, a assunção pela Suprema Corte americana da jurisdição constitucional limita o alcance dos embates políticos na determinação da interpretação da Constituição e do conteúdo das leis e demais atos normativos, possibilitando, como acentuado por John Marshall, a função daquela Corte (e do Judiciário de forma geral) como instância de proteção das minorias, particularmente diante das eventuais ameaças advindas dos Poderes políticos (Executivo e Legislativo), onde, ressalvadas escassas exceções (v.g. comissões de inquérito), as deliberações são adotadas pelo critério majoritário.

Esses pilares semearam o Processo Constitucional, que surge

[...] como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da conformidade da norma ordinária com a Carta Constitucional. É preciso que o remédio possa ser concebido e delineado em um enquadramento instrumental que o aceite como princípio geral (BARACHO, 1984, p. 347).

A magnitude conquistada pelo Processo Constitucional, especialmente no século XX, fez necessária a sistematização de seus institutos, com vistas à estruturação e efetivação.

O principal objetivo do Processo Constitucional é resguardar a supremacia da Constituição, escopo perseguido por vários caminhos, dentre os quais devemos destacar os princípios processuais constitucionais expostos por Fernandez Segado: a) princípio da publicidade; b) princípio da oralidade, c) princípio da motivação da sentença; d) princípio da gratuidade da justiça (FERNANDEZ SEGADO, 1992).³ É ainda pertinente acrescer a esses princípios o direito constitucional de ação, o direito constitucional de defesa, o direito à prova, o direito de tutela em um processo e o direito aos recursos.

2 Os exemplos mais notáveis são o terror instaurado a partir de setembro de 1793 e o golpe no dia 18 do mês de Brumário, em 1799.

3 FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992.

A adequada compreensão dos preceitos propostos por Fernandez Segado permite observar que o autor elenca como princípios processuais constitucionais os que se aplicam a qualquer modalidade de jurisdição, e não apenas à jurisdição constitucional, o que demonstra a profundidade do Processo Constitucional.

Não se trata apenas dos modelos de jurisdição constitucional e seus institutos, mas de uma concepção processual que abarca toda a jurisdição, ou seja, podemos compreender que toda jurisdição é constitucional, na medida em que os institutos do Processo Constitucional, particularmente as garantias processuais consagradas na Constituição, permeiam o desenvolvimento válido de toda e qualquer controvérsia traduzida para os termos de um litígio judicial.

Nesta senda, é indispensável chegar-se ao conceito, à extensão e limites das garantias constitucionais do processo, tanto cível quanto penal: “Percebe-se que a simples elevação de certos princípios à condição de preceitos constitucionais, não era suficiente para garantir sua eficácia.” (BARACHO, 2006, p. 13)⁴

Analisando a obra de Fix-Zamudio, o professor Baracho identifica as deduções que surgem acerca do processo ordinário e das garantias constitucionais como meio para chegar-se à concepção do processo estritamente constitucional.

Algumas constituições e as legislações ordinárias exigem que, para interposição dos instrumentos específicos de proteção aos direitos fundamentais, como os recursos constitucionais na Suíça e na República Federal da Alemanha, era necessário esgotar todos os métodos de impugnação judicial ordinária. Em vários ordenamentos, o processo ordinário é o meio através do qual pode-se lançar a questão de inconstitucionalidade incidental, quando se considera que a lei aplicável no processo contraria a Constituição (BARACHO, 2006, p. 13).

Ainda segundo o professor Baracho, a sistematização dos instrumentos do direito judicial constitucional é apresentada por Fix-Zamudio sob três categorias:

a) esses direitos referem-se à necessidade que têm os jurisdicionados de contarem com uma jurisdição preestabelecida legalmente, de maneira independente e imparcial, para que se configure o conceito de ‘juiz natural’; b) esses direitos relacionam-se diretamente com a situação jurídica das partes, expressa pela ideia do *direito de defesa*; c) a última categoria refere-se às *formalidades essenciais do procedimento*. (BARACHO, 2006, p. 13)

Observa-se que o processo constitucional fundamenta e se projeta em toda atividade jurisdicional, independentemente do objeto da ação, vale dizer, a matéria controversa pode ser de direito comum ou constitucional.

A importância do Processo Constitucional revela-se desse modo evidente, merecendo a pesquisa de seus institutos e o debate sobre os diversos pontos de vista porventura controversos.

4 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2006, p. 13.

3. PROCESSO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

As doutrinas nacional e estrangeira do Processo Constitucional ressaltam o profundo entrelaçamento que possui com os direitos fundamentais.

José Alfredo Baracho já destacava, em 1984:

A falta de instrumentos processuais adequados à proteção direta dos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados constitucionalmente, como preceitos individuais e de caráter social, torna-se diariamente mais sentida. A ampliação dos meios de intervenção estatal leva-nos a refletir sobre a conveniência da fixação de remédios processuais de tutela direta e específica das liberdades fundamentais. (BARACHO, 1984, p. 4)

As premissas do Processo Constitucional estudadas por Eduardo J. Couture revelam esse vínculo inevitável (COUTURE, 1977). São elas, conforme tradução do professor Baracho:

- a) A constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana;
- b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;
- c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo consagrada na Constituição;
- d) A lei instituidora de uma forma de processo não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional;
- e) Nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo o controle de constitucionalidade das leis."

A declaração de direitos fundamentais, quando desprovida de uma parcela da estrutura estatal responsável por sua efetivação, não é suficiente. As diversas experiências do constitucionalismo contemporâneo revelam a vocação das majorias para buscar sua perpetuação no poder, o que muitas vezes ocorre às custas da redução ou mesmo da supressão de direitos das minorias.

Os órgãos políticos do Estado, conquanto tenham a obrigação de defender e preservar a ordem constitucional, são permeáveis a inúmeras formas de corrosão inventadas no embate político, tornando deste modo necessária a estruturação do Processo Constitucional como modo de conter as investidas majoritárias.

Como esclarece José Alfredo Baracho:

O contencioso constitucional dos direitos fundamentais, através dos princípios do processo constitucional, tem ampliado os direitos fundamentais protegidos pelos remédios constitucionais, objetivando solidificar os conceitos e as práticas da vida, da liberdade, da igualdade e da não discriminação das pessoas, bem como a proteção da honra, da intimidade, da privacidade e da própria imagem (BARACHO, 2006, p. 55).

Neste itinerário, o processo constitucional compreende o direito de ação e de defesa judicial, incluindo-se o direito a recursos, a igualdade das partes no processo, o juízo natural, conforme estabelecido em lei, a reserva legal quanto às penas e medidas de segurança, a tutela do direito e do interesse legítimo contra atos da Administração pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos.

A ampliação do rol de ações constitucionais destinadas à proteção e efetivação dos direitos fundamentais é igualmente fruto da expansão e estruturação do Processo Constitucional.

O habeas corpus, comum a quase todos os Estados constitucionais do ocidente, o recurso de amparo no Direito ibero-americano, os *writs of mandamus* e *certiorari* do Direito estadunidense, além dos mandados de segurança e injunção e do habeas data no Direito brasileiro, configuram um catálogo de remédios constitucionais no qual ainda se arrolam as ações para proteção de interesses legítimos, interesses coletivos e interesses difusos, vale dizer, a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas Constituições do Século XX através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os tornam efetivos e exequíveis (BARACHO, 1997, p. 106).

A vinculação do Processo Constitucional com os direitos fundamentais revela-se não somente nos direitos e garantias processuais individuais, coletivos e difusos, mas do mesmo modo na jurisdição constitucional abstrata, caracterizada pela legitimação processual extraordinária, necessariamente fixada pela Constituição ou pelas leis.

Analisando o caso alemão, José Alfredo Baracho destaca o papel dos tribunais constitucionais no exercício da jurisdição constitucional abstrata:

Com Bonn surge a oportunidade de uma jurisdição guardiã da Constituição, passando-se do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) para certa forma de Estado dos juízes (*Richterstaat*), onde os doutrinadores reconheceram a promoção do Poder Judiciário, após 1949. Cada ordem constitucional necessita de um poder neutro. O poder jurisdicional, pela Lei Fundamental, é confiado aos juízes. A corte constitucional de Karlsruhe criou normas sobre sua composição, estatuto e recrutamento, independente dos outros órgãos constitucionais e jurisdicionais, como técnicas de definição de competências e dos litígios entre os órgãos constitucionais (BARACHO, 1984, p. 110).

Criada na primeira metade do século XX, a jurisdição constitucional abstrata desenvolveu-se sobremaneira na Europa após a Segunda Guerra Mundial, com a instituição de diversos tribunais constitucionais, o mesmo ocorrendo na América Latina posteriormente à redemocratização que caracterizou a América ibérica nas décadas de 1980 e 1990.

No Brasil, o debate sobre a criação de um tribunal constitucional remonta aos trabalhos preparatórios à Constituição de 1934, mas somente adquiriu vulto ao longo da elaboração da Constituição de 1988.

O desenlace da controvérsia entre a criação de um tribunal constitucional, ou a ampliação das atribuições do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas, desaguou no fortalecimento do Tribunal instituído em 1891, resultado de um processo que teve seus primeiros traços com a instituição da ação de inconstitucionalidade interventiva em 1934, e que se intensificou com a promulgação da Emenda Constitucional n. 16 de 1965.

Analisaremos os impactos da adoção e posterior robustecimento do controle abstrato de inconstitucionalidade no Direito brasileiro a partir do próximo tópico.

Antes, porém, é necessário ressaltar, das ideias expostas acima, que a jurisdição constitucional é uma das partes integrativas do Processo Constitucional, o que nos permite deduzir o vínculo necessário entre a jurisdição constitucional e a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

4. O PROCESSO CONSTITUCIONAL E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

A Constituição brasileira de 1891 inaugurou a jurisdição constitucional difusa no Direito Brasileiro, segundo os cânones do Direito estadunidense.

Em um país predominantemente rural, com a formação apenas incipiente da classe média urbana, a jurisdição constitucional esteve restrita a casos exíguos, a maioria destes solucionados pelo Supremo Tribunal Federal, em decisões proferidas em habeas corpus.

Sem subestimar a relevância da doutrina brasileira do habeas corpus naquele período, a maioria de nossos cidadãos não tinha acesso efetivo ao Poder Judiciário e as matérias constitucionais então levadas a juízo eram sustentadas preponderantemente por controvérsias internas às elites políticas e econômicas brasileiras.

A industrialização e conseqüente urbanização das primeiras décadas do século XX modificou progressivamente tal cenário, exigindo a ampliação da atividade jurisdicional em geral, com efeitos particulares sobre a jurisdição constitucional.

Esse início da difusão do modelo norte-americano no Brasil trouxe à tona as previsíveis distorções advindas da adoção de um modelo concebido e consolidado sob o amparo dos institutos do Direito anglo-americano, em um país de tradição romano-germânica. A jurisdição constitucional difusa potencializara o risco de fragmentação da interpretação e aplicação da Constituição, haja vista a inexistência de um método de uniformização das decisões como permitido pelo *stare decisis*.

A preocupação de Hans Kelsen, ao defender uma jurisdição constitucional concentrada nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, teve no Brasil uma demonstração convincente, levando o constituinte de 1934 a estabelecer no artigo 91, IV, desta Constituição, a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Ante a inexistência de um tribunal constitucional apto a exercer o papel de “legislador negativo”, e considerando a natureza do efeito das sentenças proferidas pelo Poder Judiciário – *inter partes* -, tendo ainda em vista o princípio da separação de poderes, o engenho estabelecido em 1934 possibilitaria efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, desde que o Senado Federal deliberasse neste sentido, ressalvado apenas o caso das ações interventivas, cujo efeito *erga omnes*, segundo Alfredo Buzaid, adviria da deci-

são da corte suprema, mas a suspensão da execução da lei apenas se efetivaria se houvesse Pronunciamento do Senado (BUZAID, 1958).⁵

O Judiciário cumpriria seu dever, decidiria o caso concreto, se necessário com o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade, e o Legislativo preservaria a prerrogativa de proferir atos normativos com efeito *erga omnes*, efeito logicamente inerente às leis, ou de efetivar, por meio da suspensão da execução da lei, a decisão proferida na ação interventiva.

A promulgação da Emenda Constitucional n. 16 de 1965, introduzindo no Brasil a representação de inconstitucionalidade de lei federal, preservou a função do Senado Federal no sentido de suspender a execução das leis declaradas nulas nas decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no exercício da jurisdição constitucional concreta quanto da abstrata. A doutrina de autores como Alfredo Buzaid, desenvolvida antes da Emenda n. 16/65, permanecia intacta.

Um dos primeiros juristas a analisar a matéria no país, Buzaid entendia ser necessária a deliberação do Senado também na declaração de inconstitucionalidade abstrata. O autor afirmava:

A decisão do Supremo vale como *lex specialis*, com eficácia *erga omnes*; mas a decisão transitada em julgado precisa ser remetida ao Congresso, para que este suspenda a execução do ato (BUZAID, 1958, p. 137).

Analisando as particularidades da decisão de inconstitucionalidade no caso concreto e suas distinções em relação à ação interventiva, Buzaid assevera:

É certo que, em ambas as hipóteses, deve o Supremo Tribunal Federal remeter respectivamente ao Senado ou ao Congresso Nacional a decisão transitada em julgado para fins do art. 64 ou 13 da Constituição.”

[...]

A suspensão da execução da lei, do decreto ou do ato é o complemento, na esfera legislativa, da declaração judicial de inconstitucionalidade (BUZAID, 1958, p. 140-141).

A inexistência de um tribunal externo ao Poder Judiciário, como os criados na Áustria, na Alemanha e na Itália, exigiria a manifestação da Casa legislativa, posto não possuímos este poder neutro a que se referiu o professor Baracho, restando o julgamento da inconstitucionalidade em tese como atribuição do órgão supremo do Poder Judiciário.

Esse ponto de vista doutrinário foi consagrado no Supremo Tribunal Federal nos anos que se seguiram à promulgação da Emenda Constitucional n. 16/65. Todavia, foi refutado no mesmo Tribunal a partir de 1975, ano seguinte àquele em que o Movimento Democrático Brasileiro, oposição ao partido governista Aliança Renovadora Nacional, obteve uma expressiva vitória nas eleições para o Senado Federal, garantido 16 das 22 vagas então em disputa.

O ministro José Carlos Moreira Alves proferiu despacho no Processo Administrativo n, 4.477-72, publicado no Diário da Justiça de 16/05/1977 (quase dois anos após ser proferido), no qual concluiu:

Em conclusão, e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta, sou dos que entendem que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de inconstitucionalidade *incidente*, e não quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência

5 BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

do Presidente da República, e, se referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos.⁶

Essa decisão administrativa buscou conferir ao Supremo Tribunal Federal funções de tribunal constitucional, preservando-lhe, contudo, a condição de órgão supremo do Poder Judiciário.

A ideia de um poder neutro como responsável pela jurisdição político-jurídica, como são os tribunais constitucionais, com processos mistos de designação dos membros e mandato conferido a cada um destes, foi subjugada, não por uma decisão da autoridade constituinte, originária ou derivada, mas por decisão administrativa do Supremo Tribunal Federal, a qual restringiu também o alcance de competência privativa constitucionalmente atribuída ao Senado Federal.

A tese de um sistema misto de jurisdição constitucional é sem dúvida interessante, porém, a concepção não foi submetida ao crivo de uma autoridade constituinte, o que sugere a necessidade de investigações profundas sobre o contexto político-social que teria levado o Supremo a proferir decisão de tamanha envergadura. A referência feita acima, de vitória da oposição nas eleições para o Senado Federal em 1974, seria um primeiro passo, mas não o bastante para compreender decisão dessa relevância, que altera as atribuições constitucionalmente conferidas ao Supremo Tribunal Federal e ao Senado Federal.

De todo modo, após a Emenda Constitucional n. 16/65, a jurisdição constitucional no país recebeu um novo impulso, se por vias legítimas em todos os seus desdobramentos ou não, é algo a ser debatido.

O Congresso com atribuições constituintes instaurado em 1º de janeiro de 1987 trouxe-nos outro relevante capítulo no desenvolvimento de nossa jurisdição constitucional.

O debate sobre a implantação de um tribunal constitucional no país integrou as discussões nas comissões temáticas, sem, contudo, lograr aprovação no plenário da Constituinte.

A tese de que o Supremo Tribunal Federal seria a corte constitucional do Brasil gozava de amplo respaldo no Tribunal, o que pode ser constatado pela leitura de livros como o publicado pelo ministro Oscar Dias Corrêa em 1987, "O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil".

O papel de legislador negativo, peculiar aos tribunais constitucionais, vinha sendo exercido pelo Supremo desde 1977, o que reforçava a tese de que já éramos dotados de um tribunal constitucional, conquanto nenhuma constituinte ou emenda constitucional o houvesse sufragado.

O constituinte de 1987/1988 assumiu a asserção de ser o Supremo Tribunal Federal a nossa corte constitucional, e deste modo ampliou expressivamente sua competência para o exercício da jurisdição constitucional abstrata, tanto em razão da multiplicação dos legitimados extraordinariamente para deflagrar o controle da constitucionalidade em tese, quanto pela instituição de uma nova ação de controle abstrato, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

6 In: Diário da Justiça de 16/05/77, p. 3.123-124.

A ação direta de inconstitucionalidade passou a ser também uma arma política da oposição, considerando a legitimação dos partidos políticos para sua propositura, bem como um meio para os Estados federados insurgirem-se contra o governo central, haja vista a legitimação dos governadores e assembleias legislativas.

É também inovadora a legitimação de entidades da sociedade civil para propositura das ações diretas, caso do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e das entidades sindicais ou de classe de âmbito nacional.

Naturalmente a jurisdição constitucional abstrata ganhou projeção e intensidade, nos primeiros anos de vigência da nova Constituição houve o esperado incremento na busca por essa via, o que permitiu diagnosticar lacunas e novos problemas da jurisdição constitucional aqui exercida.

Como fruto das novas avaliações sobre a jurisdição constitucional, após 5 de outubro de 1988, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, a qual introduziu duas novas ações de controle abstrato, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, simultaneamente prevendo o efeito *erga omnes* e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, para as decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade.

A motivação jurídica para a criação da ação declaratória de constitucionalidade é controversa. O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi sintetizado na Questão de Ordem apresentada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1.⁷

Essa Questão de Ordem foi suscitada pelo ministro Moreira Alves, em razão de uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a qual impugnava a instituição da ação declaratória de constitucionalidade e seus efeitos *erga omnes* e vinculante, apontando-os como lesivos ao princípio do juízo natural, assim como ao princípio da demanda como condição para atuação do Poder Judiciário.

A ação proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros não foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal em virtude da inexistência de demonstração da pertinência temática. As questões nela suscitadas, todavia, eram relevantes com vistas ao esclarecimento dos propósitos da nova ação e seus efeitos, o que levou o ministro Moreira Alves a propor a Questão de Ordem.

Os magistrados, representados pela AMB, imputavam violação ao princípio do juízo natural em razão do efeito vinculante das decisões proferidas na Ação Declaratória de Constitucionalidade. A resposta do ministro Moreira Alves, em nossa opinião insuficiente, foi no sentido de que a instituição do controle abstrato e seus efeitos nunca foi objeto de refutação na Europa por eventual desrespeito ao juízo natural. Novamente reforçando a ideia de um sistema misto de jurisdição constitucional, o ilustrado ministro afirmou ser característico da jurisdição constitucional abstrata a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como aos que integram o Poder Executivo.

Consideramos insuficiente a explicação, posto que nos países Europeus foram criados tribunais constitucionais para exercício privativo da jurisdição constitucional, o que não ocorre no Brasil, onde a jurisdição constitucional abstrata está a cargo dos diversos órgãos do Poder

7 D.J. 16/06/1995, p. 18.212; RTJ 157/371-411.

Judiciário, destituídos, portanto, das características próprias dessas cortes europeias, instituídas enquanto órgão neutro, externo ao Poder Judiciário, e com designação híbrida de seus membros, de modo a melhor sedimentar a jurisdição político-jurídica.

O sistema de jurisdição constitucional no Brasil, em nossa opinião, não pode ser considerado misto, exatamente porque não temos um controle concentrado, o qual restringe a um único órgão, o tribunal constitucional, o controle abstrato ou concreto de normas constitucionais. O Brasil, desde 1891, adota a jurisdição constitucional difusa, e isso não foi modificado na Constituição 1988, como constatamos do artigo 97, bem assim em nenhum outro texto constitucional anterior a esse.

O fato de nossa jurisdição constitucional ser difusa não desautoriza a adoção de mecanismos de controle abstrato, como adotado em 1934, com a ação interventiva, e em 1965, com a representação de inconstitucionalidade. Do mesmo modo, o controle concentrado de constitucionalidade, na Alemanha ou na Áustria, não impede o exercício do controle concreto de constitucionalidade, por via incidental, pelo manejo dos recursos ou queixas constitucionais.

A jurisdição constitucional difusa comporta o controle abstrato, tanto quanto a jurisdição constitucional concentrada comporta o controle concreto.

Sendo difusa a jurisdição constitucional no Brasil, o efeito *erga omnes* das decisões proferidas na Ação Declaratória de Constitucionalidade, e vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário, distorce o modelo de jurisdição consagrado desde 1891, atingindo, por consequência, a garantia do juízo natural.

A violação ao princípio do juízo natural adviria igualmente da interpretação sistêmica da Constituição. Inicialmente, porque as decisões proferidas no controle concreto são recorríveis, podendo alcançar o Supremo Tribunal Federal através de recursos ordinários ou extraordinários. A matéria poderá, deste modo, ser uniformizada pela jurisprudência da corte suprema, sendo possível aí a uniformização das interpretações sobre a constitucionalidade da lei. É um caminho mais longo, porventura tortuoso, não resta dúvida, todavia, a construção de uma jurisdição constitucional democrática não é viável por atalhos, é necessário enfrentar todas as vicissitudes, e não as tangenciar, afinal, somente confrontando dificuldades a jurisdição constitucional no Brasil poderá alcançar qualidade e estabilidade.

Uma segunda preocupação relativa à possível violação ao princípio do juízo natural, advém do disposto no artigo 52, X, um instituto, como já dito, inaugurado em 1934 e mantido no texto atual, qual seja, a competência privativa do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Esse instituto mantém incólume a autoridade do Poder Legislativo e protege a garantia do juízo natural. Implícito a ele está precisamente a permissão constitucional para que controvérsias constitucionais prossigam em discussão, e que eventualmente sejam amadurecidas, permitindo um desate refletido e amplamente debatido pelos membros do Poder Judiciário e integrantes das atividades essenciais à Justiça, assim como na esfera pública composta por uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HÄRBERLE, 2003).

No que concerne à alegada violação, por dispositivos da Emenda Constitucional n.3, do princípio da demanda, o ministro Moreira Alves afirmou que na jurisdição constitucional abstrata a legitimação extraordinária atribuída pelo artigo 103 da Constituição da República autoriza-os apenas a promover um impulso processual, e não atuar como o autor de uma ação

judicial, com as faculdades, direitos e deveres próprios, inclusive a desistência da ação. Essa natureza das ações diretas, que ele designa por *objetiva*, justificaria a previsão de proibição de desistência da ação pelo representante; em outros termos, uma vez impulsionada a ação direta, a responsabilidade pela decisão da inconstitucionalidade (e agora também da constitucionalidade) estaria apenas a cargo do Supremo Tribunal Federal.

Ainda reforçando o respeito ao princípio da demanda na Ação Declaratória de Constitucionalidade, o ministro Moreira Alves lembra que o Procurador Geral da República, desde a Emenda Constitucional n. 16/65, poderia propor a ação direta, e no parecer final pugnar pela improcedência dos pedidos, o que confirmaria o caráter objetivo do processo.

Por fim, o ministro Moreira Alves asseverou que, não fosse o caráter objetivo das ações diretas, a controvérsia está presente como requisito também na ação declaratória de constitucionalidade, porém, com um feito diferente, ela é instaurada pela *dúvida constitucional*, advinda de decisões pela inconstitucionalidade nos demais órgãos do Poder Judiciário, ou pelo próprio manejo da ação pelas autoridades responsáveis por preservar a integridade das normas de nossa Constituição.

Consideramos este ponto melhor exaurido na Questão de Ordem, quando comparado às justificativas oferecidas para afastar a alegada violação ao princípio do juízo natural, tema este abalado por uma incompletude ainda mais grave com a decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4.⁸

Os provimentos nesta Ação Declaratória são diversos, mas para o objeto deste artigo interessa-nos o decidido sobre medidas cautelares na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A promulgação da lei encerra uma declaração de sua compatibilidade com a Constituição, tanto quando feita pelo Poder Executivo, como quando pelo Poder Legislativo.

Uma nova pronúncia de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, posterior ao pronunciamento Executivo ou Legislativo, desvirtua a separação e independência dos Poderes da União, haja vista a presunção de constitucionalidade da lei promulgada.

O alvo deste aspecto da decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4 foi a jurisdição constitucional difusa, um ponto que não constava da Emenda Constitucional n. 3 ou de qualquer lei processual, e que foi suplementado, de modo duvidoso, pelo Supremo Tribunal Federal.

O texto do artigo 102, § 2º, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional n. 3, determinou:

§ 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

As decisões definitivas de mérito teriam eficácia contra todos e vinculante relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4, o Supremo Tribunal Federal exacerbou suas competências, ao determinar efeito vinculante para as medidas cautelares, claramente ao arrepio do estabelecido no próprio texto constitucional.

8 DJe nº 213 Divulgação 29/10/2014 Publicação 30/10/2014. Ementário nº 2754 - 1

Se a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade no Direito brasileiro é controvertida, conforme os motivos expostos acima, a legitimação da medida cautelar, com o efeito de suspender todos os processos em curso nos diversos órgãos do Poder Judiciário, nos quais a inconstitucionalidade tenha sido incidentalmente suscitada, parece-nos a princípio uma grave arbitrariedade judicial, fragilizando ainda mais o controle concreto de normas, já abalado pela Emenda Constitucional n. 3.

Aprofunda a violação à garantia do juízo natural, além de obstar o exercício da jurisdição constitucional difusa, estatuída na forma do artigo 97 da Constituição.

As previsões contidas na Lei 9.868/99 não ilidem esse vício, a lei foi editada no ano seguinte ao da decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4, e se as previsões legais sufragam conceitos expostos pelo Supremo Tribunal Federal nas duas ações em análise (ADC n. 1 e ADC n. 4), isso não resgata os excessos perpetrados anteriormente, apenas revelam a magnitude dos mesmos e os modos empregados pelas instituições públicas brasileiras para atenuar os rastros da subjugação quase diária do Estado de Direito em nosso país.

O argumento de uniformização da jurisdição constitucional é frequentemente apresentado como justificativa, tanto para a Emenda Constitucional n. 3, quanto para as decisões proferidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 1 e n. 4.

A uniformização da interpretação da Constituição é sem dúvida relevante. Contudo, não pode ser tomada como objetivo máximo da jurisdição constitucional, prejudicando outras funções e objetivos igualmente relevantes.

A jurisdição constitucional deve ser um espaço aberto para a sociedade pluralista de intérpretes, conseqüentemente, deve estar aberta a controvérsias, com soluções diferidas no tempo, algumas se estenderão bastante – temas como aborto, eutanásia, união ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, que comportam hoje divergências relevantes –, outras poderão ser mais rapidamente equacionadas. De todo modo, tanto as mais complexas quanto as que sugerem maior simplicidade, todas devem ser postas a uma tessitura não hierarquizada de intérpretes da Constituição, bem assim às ações dos diversos afetados pela decisão constitucional, as partes, os advogados, os magistrados, estendendo-se o horizonte de legítimos interessados a toda a comunidade nacional que se vincula ao Texto.

A jurisdição constitucional não se realiza como um processo autômato. Os princípios que a Constituição consagra almejando a convivência civilizada e, tanto quanto possível, justa entre os indivíduos efetivam-se em processos vivos e dinâmicos, uma ideia que remete ao conceito de *leaving Constitution* do Direito norte-americano.

A vida de qualquer Constituição depende da diversidade e qualidade dos discursos e ações na sociedade aberta de intérpretes de seu texto, propósito que fica comprometido quando a interpretação isola-se no pensamento de sete, nove ou onze pessoas, particularmente se esse isolamento nasce de golpes sucessivos contra o que foi deliberado pelos constituintes, em nosso caso, a conjugação das jurisdições constitucionais concreta e abstrata no bojo de uma jurisdição constitucional difusa.

Observamos, por fim, que o conceito que os cidadãos brasileiros expressam quanto à qualidade da jurisdição nacional, e em especial a do Supremo Tribunal Federal, vem sendo corroído ano a ano.

A automação da jurisdição constitucional em nada alcançou seus alegados propósitos, dentre os quais uma jurisdição constitucional de massas, sob controle hierárquico do órgão supremo do Poder Judiciário.

O coração do Poder Judiciário está cada vez mais inacessível, as particularidades de cada processo comum, onde a jurisdição constitucional sempre poderá irromper sob a forma de um incidente, estão sendo ignoradas em nome da implantação de uma maquinaria judiciária que jamais terá êxito diante da complexidade do mundo em que vivem seus jurisdicionados.

5. EFEITO VINCULANTE NO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

A jurisdição ordinária no Brasil, e a jurisdição constitucional em particular, desde a Emenda Constitucional n. 3/2003 têm sido guiadas pela implantação de um sistema de precedentes que supostamente organizaria a prestação jurisdicional, por meio da implantação de uma jurisdição hierarquizada, ou seja, a noção de que a jurisdição é una, tanto a exercida por meio de uma sentença monocrática quanto a expressa em acórdão do Supremo Tribunal Federal, sucumbiria perante a estipulação de efeito *erga omnes* e vinculante dos pronunciamentos dos tribunais superiores e do tribunal supremo.

O sistema de precedentes advém dos efeitos das decisões no controle abstrato de constitucionalidade das leis, da repercussão geral de decisões dos tribunais superiores e da súmula vinculante.

Coloca-se um novo desafio, em primeiro plano para os profissionais do Direito, em segundo plano para todos os nossos cidadãos: aplicar um método decisório que somente em raros programas de pós-graduação em Direito do país foi estudado.

Não conhecemos o *stare decisis*, ignoramos as relações vinculantes que as decisões judiciais possam eventualmente ter entre si. Estudamos normas gerais e abstratas, sua interpretação e aplicação, mas de raro em raro estudamos casos, suas minúcias, os precedentes e seus efeitos.

As três principais decisões da Suprema Corte estadunidense sobre o direito à intimidade e o aborto exemplificam a complexidade de um sistema jurídico ancorado em precedentes.

Em *Griswold v. Connecticut* (1965), a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual restritiva à orientação médica quanto à adoção de métodos contraceptivos, asseverando o direito à intimidade da mulher como fundamento das decisões reprodutivas.

O caso não enfrentou o aborto, apenas métodos contraceptivos preventivos, como a prescrição da pílula anticoncepcional e outros.

Este caso foi o principal precedente para decisão proferida oito anos depois em *Roe v. Wade* (1973). Jane Roe alegava gravidez resultante de violência, o que segundo a lei do Estado do Texas não possibilitaria a interrupção da gestação, posto a lei local excetuar a vedação ao aborto apenas em caso de risco de vida para a mãe.

A Suprema Corte deu um salto, da fundamentação constitucional para a orientação quanto ao emprego de métodos contraceptivos preventivos, em direção à constitucionalidade da interrupção da gestação e à insolúvel indagação científica sobre quando tem início a vida (a ciência não substitui a índole, a fé, os compromissos sociais, enfim, não preenche diversas dimensões da experiência humana). E o fez enunciando uma formulação genérica, afastando as especificidades dos fatos em julgamento, determinou que a interrupção da gravidez é um direito da mulher até o sexto mês de gestação, independentemente do consentimento ou não quando da concepção.

Os juízes e tribunais estadunidenses divergiram à exaustão quanto ao conteúdo de *Roe v. Wade*, vários entendendo que a decisão era apenas *dicta*, ou seja, não vincularia decisões judiciais posteriores, outros defendendo-o como *holding*, uma decisão que deveria ser observada pelos julgadores em casos subsequentes.

A controvérsia foi tamanha que em 1992 a Suprema Corte, em *Casey v. Planned Parenthood of Pennsylvania*, retomou o disposto no caso *Roe v. Wade*, para reafirmar seu conteúdo essencial, mas admitindo normas restritivas ao aborto editadas por diversos Estados.

É uma demonstração evidente de que onde existe jurisdição constitucional consolidada, os precedentes não vinculam mecanicamente decisões posteriores.

A tradição romano-germânico leva-nos a aprender o Direito de maneira muito distinta à que testemunhamos nos países de tradição anglo-americana, o que proporciona limitações com vetores inversos: nos Estados Unidos e na Inglaterra o estudo do Direito é feito preponderantemente a partir de casos e a interpretação de normas gerais e abstratas é algo deficiente; no Brasil, estudamos preponderantemente a partir dos códigos e das leis, quase nunca analisamos casos.

O ex-integrante da Suprema Corte americana Antonin Scalia⁹ debate detalhadamente essas dificuldades que surgem da formação jurídica predominante nos Estados Unidos, uma preocupação que também deveria estar presente entre os profissionais do Direito no Brasil.

As especificidades de um sistema jurídico total ou parcialmente fundado em precedentes são desconhecidas em nosso país, constituindo um saber em linhas gerais alijado da formação de nossos profissionais.

As diversas facetas do *stare decisis* compreende desde os intérpretes que só admitem a vinculação quando os fatos do caso paradigma correspondem aos do novo julgamento, até os que consideram como precedente a enunciação abstrata do caso paradigma, havendo ademais as correntes intermediárias, que são muitas, *v.g.*, as que não exigem uma correspondência exata com os fatos da decisão anterior, admitindo uma atualização do sentido do precedente em razão do transcurso do tempo, as contrárias à possibilidade de atualização dos precedentes, que defendem o abandono de paradigmas ultrapassados, as que recusam a prevalência do precedente em face de lei posterior, as quais coexistem com as que pensam exatamente o oposto.

O incipiente sistema de precedentes adotado no Brasil tem desaguado na interpretação dos casos paradigmas a partir dos métodos aqui melhor amadurecidos, ou seja, os precedentes têm sido interpretados como se fossem leis, como normas gerais e abstratas.

O simples texto das súmulas vinculantes fundamenta várias decisões, enquanto os fundamentos destas mesmas súmulas são totalmente ignorados, os fatos que justificaram as decisões (e por vezes uma única decisão acarretou a edição de súmula vinculante) são subjugados em prol do imediatismo do provimento judicial.

Não há qualquer investigação sobre as particularidades fáticas dos casos paradigmas, o inteiro teor das decisões raramente é investigado pelos advogados, pelos tribunais ou pelos membros do Ministério Público.

Abdicamos das chances de assimilação progressiva da complexidade e riqueza do método *stare decisis* – mais uma vez reiteramos que as tradições anglo-americana e romano-germânica têm muito a oferecer uma à outra – em nome de uma jurisdição meramente quantitativa, comprometendo temerariamente os preceitos do Processo Constitucional.

6. CONCLUSÕES

O propósito derradeiro que conduz o desenvolvimento e a consolidação do Processo Constitucional é proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais.

A jurisdição constitucional, que entendemos como uma concepção assentada e condicionada ao Processo Constitucional, deve ambientar-se em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, único modo de potencializar a interpretação e aplicação das normas constitucionais com vistas à efetivação dos direitos fundamentais nos moldes acima expressos.

O Processo Constitucional e a jurisdição constitucional no Brasil enfrentam as vicissitudes de um Estado construído em bases oligárquicas e de uma sociedade em boa medida afastada do sistema de direitos consagrado na Constituição.

Esse quadro permite a realização de mudanças, tanto em nossas instituições quanto em nosso ordenamento jurídico, com escassas possibilidades de prosperar, seja em virtude da persistência da base oligárquica na organização do Estado, seja em virtude da formação de nossos profissionais do direito, seja ainda em razão da exígua duração dessas mudanças, rapidamente substituídas por outras, quando as evidências de suas lacunas são melhor difundidas.

Desde 1965, o Supremo Tribunal Federal vem paulatinamente ampliando funções que são próprias dos tribunais constitucionais. Se o primeiro passo decorreu de emenda à Constituição de 1946, vários passos posteriores tiveram origem mais obscura, como a decisão administrativa de 1975 e a legitimação da medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A ampliação da legitimação extraordinária para propositura das ações diretas na Constituição de 1988, aliada à preservação do sistema difuso de controle repressivo de constitucionalidade, foram passos essenciais para a qualificação da jurisdição constitucional no país, contudo, essas conquistas rapidamente retrocederam, especialmente em virtude da Emenda Constitucional n. 3 e das decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 1 e 4.

O engessamento da jurisdição constitucional no país, uma decorrência da adoção de um sistema de precedentes estranho à tradição do nosso estudo do Direito, prejudica a amplitude do debate constitucional, deslegitimando a cada dia os provimentos nessa matéria.

A conjugação das jurisdições constitucionais concreta e abstrata num sistema difuso pode ser alvissareira para a efetivação dos direitos fundamentais. Todavia, suas potencialidades somente serão reveladas se formas capazes de construir paulatinamente uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997, vol. 337.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2006.
- BUZUID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992.
- HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003.
- SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2018.

Dados do processo editorial

- Decisão editorial/aprovado: 12/02/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO E DECIDIBILIDADE DEMOCRÁTICA

CONSTITUTIONALIZED PROCESS AND
DEMOCRATIC DECIDIBILITY

AMANDA PEREIRA¹

VITOR SALINO DE MOURA EÇA²

RESUMO

O presente estudo realiza uma pesquisa sobre decisões judiciais, sob uma perspectiva do processo constitucional enquanto instituidor de decidibilidade democrática. Para desenvolver o tema é abordado o fenômeno da constitucionalização do direito, seguindo-se de um estudo, específico, sobre a constitucionalização do processo, destacando-se a pesquisa do professor brasileiro José Alfredo de Oliveira Baracho que concebeu uma nova teoria geral do processo a partir da sua aproximação com a Constituição. Desenvolveu-se, em seguida, um estudo sobre algumas das garantias processuais democráticas previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, abordando uma síntese das implicações de cada uma delas. Após, foi dissertado sobre a jurisdição constitucionalizada e sua ligação com o exercício de uma decidibilidade democrática, concluindo-se que a decisão judicial que coaduna com o paradigma de Estado Democrático de Direito é aquela atenta aos limites disciplinados pelo Processo Constitucional.

Palavras-chave: Processo Constitucionalizado. Decidibilidade Democrática. Garantias Processuais.

- 1 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/Minas. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/Minas. Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto Elpídio Donizetti. Mestranda na Linha O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. - PUC/Minas. Assessora de Juiz no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1341-1506>.
- 2 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1987), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002) e doutorado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2007). Pós-doutorado em Direito Processual Comparado na Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha (2012). Pós-doutorado em Derecho Processual Internacional, na Universidad de Talca, Chile (2019). Magistrado em Minas Gerais. Professor Adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito. Professor visitante na Universitat de València - Espanha; na Universidad de Talca - Chile, na Faculdade Católica de Tocantins - DINTER, FAMETRO - Manaus - DINTER, Faculdade Paraíso-Ceará - MINTER, e na Faculdade de Direito de Vitória/ES. Professor conferencista nas Escolas Nacionais de Magistratura ENFAM e ENAMAT; na Escola Superior do Ministério Público da União; Membro do Conselho Técnico-científico, e Professor conferencista nas Escolas Judiciais do TJ/SP, TJ/MG, e TJ/RJ, além dos TRT da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 10, 13, 15, 19, 20, 21, 22 e 24 Regiões e Pesquisador junto ao Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social - España e ao Centro de Estudios de Derecho - CENTRASS - Chile. Tem experiência nas áreas de Teoria do Processo, Direito Processual Civil, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual Comparado. Membro efetivo das seguintes sociedades: Academia Brasileira de Direito do Trabalho - ANDT; Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP; Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro; Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - AIDTSS; Academia Brasileira de Direito Processual Civil - ABDPC - Porto Alegre/RS; Escuela Judicial de América Latina - EJAL; Instituto Latinoamericano del Derecho del Trabajo - ILTRAS; Instituto Brasileiro de Direito Social Júnior- IBDSJC - São Paulo; da Red Latinoamericana de Jueces para Cooperación Judicial e Integración - España/Brasil e da Unión Iberoamericana de Jueces. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8408-6213>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

PEREIRA, Amanda; EÇA, Vitor Salino de Moura. Processo constitucionalizado e decidibilidade democrática. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 27-39, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9031>.

ABSTRACT

The present study carries out a research on judicial decisions, from a perspective of the constitutional process as an institute of democratic decidability. To develop the theme, the phenomenon of the constitutionalization of law is approached, followed by a specific study on the constitutionalization of the process, highlighting the research of the Brazilian professor José Alfredo de Oliveira Baracho who conceived a new general theory of the process to be from its approach to the Constitution. A study was then carried out on some of the democratic procedural guarantees provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, approaching a synthesis of the implications of each of them. Afterwards, it was discussed the constitutionalized jurisdiction and its connection with the exercise of a democratic decision, concluding that the judicial decision that is consistent with the paradigm of the Democratic State of Law is the one that is attentive to the limits disciplined by the Constitutional Process.

Keywords: Constitutionalized Process. Democratic Decidability. Procedural Warranties.

1. INTRODUÇÃO

As decisões judiciais no paradigma do Estado Democrático de Direito são um relevante objeto do estudo jurídico-processual, uma vez que a jurisdição é um dos institutos centrais da teoria do processo. (NUNES, PEDRON, BAHIA, 2020, p. 249).

O Brasil passou pela transição democrática, tendo como marco a promulgação da Constituição de República Federativa de 1988, a qual prevê garantias processuais aos sujeitos de direitos, além de organizar a estrutura do judiciário e as atribuições daqueles investidos nas funções da atividade judicante.

Assim, o tema da presente pesquisa, qual seja, a decidibilidade democrática, se mostra relevante ao desenvolvimento da ciência processual contemporânea, no sistema jurídico brasileiro.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é dissertar sobre a constitucionalização do processo, apontado suas principais características em relação às decisões judiciais, além de investigar a vinculação da decisão judicial, no paradigma democrático, às garantias processuais, a partir do marco teórico do processo constitucional democrático.

Para tanto, a metodologia a ser adotada será a revisão bibliográfica sobre o tema da pesquisa, estruturada nas seguintes etapas: (I) estudo do fenômeno da constitucionalização do processo; (II) estudo das garantias processuais constitucionais; (III) análise propositiva da decidibilidade em paradigma democrático; (IV) considerações conclusivas.

Destarte, pretende-se ao final do estudo responder o questionamento sobre como se caracteriza a decidibilidade democrática, testando a hipótese segundo a qual a decisão judicial democrática é aquela delimitada pelos preceitos constitucionais e pelas garantias processuais.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

A constitucionalização do direito é um fenômeno observado, especialmente, a partir do século XX, após o fim da segunda-guerra mundial, conforme leciona o Min. Luiz Roberto Barroso (BARROSO, 2006, p. 16) e o Prof. Daniel Sarmento. (SARMENTO, 2003, p. 285).

Embora não haja um conceito uníssono, ou consenso absoluto na doutrina, pode-se considerar que a constitucionalização do direito denomina uma perspectiva de direito e de sistema jurídico na qual o discurso constitucional é imperativo, devendo ser observado na análise de todos os ramos do direito. Nesta senda:

A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. (BARROSO, 2006, p. 30).

Em outras palavras, a constitucionalização do direito, indica a elevação da “Constituição à posição de centro gravitacional do Direito Privado”. (SARMENTO, 2003, p.272), importando salientar que a constitucionalização do direito implica, não apenas, na mudança do centro gravitacional dos ramos de direito privado, mas também de ramos do direito público como o Direito Administrativo e o Direito Processual.

Para que houvesse o reconhecimento do papel da Constituição em irradiar comandos a todo o ordenamento jurídico foi necessário o reconhecimento de sua normatividade, destacando-se, nesse aspecto, as pesquisas de Konrad Hesse. (SARMENTO, 2003, p.277).

O jurista alemão, dedicou-se ao estudo científico do direito constitucional, de forma a combater posicionamentos céticos, segundo os quais a Constituição não teria normatividade, sendo um papel, sem correspondência com a realidade. (HESSE, 1991, p. 9).

Ao afirmar pela força normativa da constituição Hesse reconhece “o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social.”(HESSE, 1991, p. 13)

Desse modo, a Constituição jurídica expressava sua força normativa como uma questão de “vontade de Constituição” (HESSE, 1991, p. 13), que possui limites, mas nem por isso deixa de influenciar a realidade.³

Para Hesse, a Ciência do Direito Constitucional:

cumpra seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder. (HESSE, 1991, p. 27).

Assim, reconhecendo-se a normatividade da constituição, “ela configuraria verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio” (HESSE, 1991, p. 25), pode-se dizer assim, que a Constituição oferece um modelo de Estado a ser concretizado.

³ A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. (HESSE, 1991, p. 24).

No campo do Direito Processual essa aproximação entre a Constituição e as normas processuais implicou no surgimento de uma nova disciplina: Processo Constitucional ou Direito Processual Constitucional, (NUNES, PEDRON, BAHIA, 2020, p. 245).

Dentro da disciplina de Processo Constitucional, distinguem-se dois tipos de abordagens, uma que se refere aos mecanismos procedimentais de controle de constitucionalidade pelo judiciário e outra relativa ao efeito expansivo das normas constitucionais no processo, além das normas processuais na Constituição.

Conforme salientado na introdução, a perspectiva de Processo Constitucional que interessa ao presente estudo é segunda, acima destacada, pretendendo-se abordar a Teoria Constitucionalista do Processo como marco da decidibilidade democrática, condutora de toda atividade jurisdicional e não, apenas, daquela afeta ao controle de constitucionalidade dos atos e normas.

Ressalta-se, assim, a “importância do processo constitucional na construção do Estado Democrático de Direito, espécie de projeto constitucional principiológico carente de implementação” (DIAS, 2015, p. XV)

Um traço distintivo da Teoria Constitucionalista do Processo que pode ser salientado é o fato de grande parte do desenvolvimento científico e teórico deve-se a estudos desenvolvidos na América do Sul, diferentemente das Teorias Processuais Anteriores que se desenvolveram, em grande parte, a partir de estudos europeus.

Autores latino-americanos Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Couture e José Alfredo de Oliveira Baracho, evidenciam-se como cientistas cujas pesquisas serviram de baluarte para o desenvolvimento da disciplina de Processo Constitucional.

Conforme destaca Marcus Vinicius Pimenta, apenas décadas após as produções latinas é que os autores italianos Italo Andolina e Giuseppe Vignera tratam da aproximação entre a Constituição e o Processo:

Andolina e Vignera escrevem sua proposição sobre o processo constitucional na década de 1990 (quatro décadas depois de Couture, três décadas depois de Fix -Zamudio e uma década depois de Baracho); diferente dos autores latinos, que se permitiram influenciar tanto por outros autores latinos como por europeus (a relevância da obra de Cappelletti para as obras de Fix-Zamudio e Baracho, por exemplo, é indiscutível); os italianos Andolina e Vignera (que publicaram a primeira edição do “Il modello costituzionale del processo civil e italiano” em 1990) não fazem qualquer referência a Couture, a Fix-Zamudio ou a Baracho. (PIMENTA, 2020, p. 268-269).

Após expressiva violação de direitos individuais durante o século XX, marcado pelas duas grandes guerras mundiais e os movimentos nazifascistas, houve uma preocupação de Instituições internacionais em salvaguardar direitos fundamentais, incluindo a proteção de direitos processuais. (PIMENTA, 2020, p. 257)

Além das normas internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, da ONU, Constituições nacionais, também, passaram a abarcar garantias processuais em seu texto.

Notando este fato, Héctor Fix-Zamudio desenvolveu estudos sobre as constituições promulgadas em diversos países, constatando a alçada das garantias processuais a um status constitucional. (PEREIRA, 2021, p. 14).

Consoante leciona o Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, as constituições do século XX “reconhecem a necessidade de proclamação programática dos princípios do direito processual.” Assim, “o entendimento do processo como garantia dos direitos individuais, antecipa a compreensão do prisma constitucional do Direito Processual.” (BARACHO, 1982, p.56).

Nessa senda, ensina Baracho que:

O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas Constituições do Século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os tornam efetivos e exequíveis. (BARACHO, 1965-1997, p. 56)

A aproximação entre Constituição e Processo foi objeto de estudos distintos e complementares, destacando-se os estudos da constitucionalização das garantias processuais como relevante meio de proteção dos direitos fundamentais, sendo “notável o esforço dos autores na busca pela racionalização do exercício do poder pelo respeito aos direitos fundamentais.”(PIMENTA, 2020, p. 271).

Outrossim, foi José Alfredo de Oliveira Baracho, que no estudo da aproximação entre Processo e Constituição a concebeu como uma nova teoria geral do processo, Teoria Constitucional do Processo. (BARACHO, 2004, p. 88)

No Brasil, a Constituição de 1988 marcou a instituição de um Estado Democrático, bem como a constitucionalização do processo:

O trajeto de ressignificação dos institutos e categorias processuais ganha corpo, no Brasil, com a Constituição de 1988 e, mais recentemente, com o CPC/2015, que acentua a vertente contra fática e democrática dos direitos e garantias processuais-fundamentais. (NUNES, PEDRON, BAHIA, 2020, p. 246).

Nesta senda a Teoria Constitucionalista do Processo contribuiu para que “o processo passasse a ser garantia constitucional assim como os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, por isso, a Constituição Federal de 1988 é um marco, que constitui o Estado Democrático de Direito.” (FIORATTO, DIAS, 2010, p. 231).

Assim, a construção teórica do processo constitucional, apresenta-se como possibilidade de “enfrentamento contra a arbitrariedade e a afirmação da vida digna em sociedade com o respeito aos limites do direito.” (PIMENTA, 2020, p. 270).

3. AS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

A Constituição de 1988 trouxe em seu texto diversos direitos e garantias processuais, tais como, contraditório (art. 5º, LV), ampla defesa (art. 5º, LV), direito ao recurso (art. 5º, LV), direito a defesa técnica por advogado (art. 133), devido processo legal (art. 5º, LIV), ter seu caso apreciado em juízo (art. 5º, XXXV), garantia de julgamento pelo juízo natural (art. 5º, XXXVII e

LIII), fundamentação das decisões (art. 93, IX), reserva legal (art. 5º, II) (BRASIL, 1988), entre outros, sendo elenco não exaustivo.

Não é pretensão deste artigo exaurir o estudo das garantias processuais constitucionais, sendo que cada uma delas isoladamente já importa em extenso estudo na teoria do direito processual.

O que se pretende, portanto, é destacar as principais implicações da constitucionalização dessas garantias para os procedimentos e para as decisões judiciais.

O magistério de Ronaldo Brêtas ensina que contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões jurisdicionais, centrada na reserva legal, são as vigas-mestras do Devido Processo Legal (DIAS, 2015, p. 122-123)

Nesta senda, o contraditório é um instituto cujo estudo remonta ao século XIX (DIAS, 2015, p.125) e, em termos de processo constitucional, é corresponde a garantia de influência das partes e participação efetiva, durante todo o procedimento. (NUNES, PEDRON, BAHIA, 2020, p. 318).

Assim, o contraditório é estruturado pelo quadrinômio *informação-reação-diálogo-influência*, como resultado lógico de sua correlação com o princípio da fundamentação das decisões judiciais (DIAS, 2015, p. 133).

Destaca-se, no mesmo sentido, o contraditório como uma garantia de não surpresa, ou seja, garantia de que os fundamentos da decisão que obrigará as partes terão pertinência lógica com o diálogo processual, não resultando de uma razão solitária do julgador, sob pena de violar a própria segurança jurídica processual.

É nesse sentido que leciona Paulo Henrique dos Santos Lucon:

“Decisões-surpresa” violam o contraditório, porque fazem menoscabo da participação das partes no processo – admitir a aplicação de um fundamento não debatido revela que a participação das partes não é relevante para o magistrado – e criam um estado de incerteza jurídica, já que, em um sistema em que tais decisões proliferam, não se pode antever o resultado de qualquer decisão – se o juiz pode se valer de qualquer fundamento, sem que as partes o conheçam, como poderão elas minimamente antever o resultado da decisão e assim orientarem suas condutas? Evidente que resta assim violado também o princípio da segurança jurídica, encarado aqui sob a ótica da previsibilidade. (LUCON, 2016, p. 8)

Ressalte-se que em esforço de constitucionalização dos procedimentos infraconstitucionais, o CPC/15, incorporou, em seu primeiro capítulo o qual dispõe sobre as normas fundamentais do processo, a vedação expressa à decisão surpresa, impondo ao juiz o dever de não decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, (BRASIL, 2015).

Em vista disso, o contraditório é um dos princípios de direito processual elevados a condição de garantia constitucional de direitos fundamentais, que possui intrínseca relação com a fundamentação das decisões jurisdicionais, pois, esta é limitada por aquele.

Assim, as manifestações das partes, após devidamente informadas, implicam em reação dialógica que deve influenciar a fundamentação das decisões judiciais, consoante explicam Hellman e Galduróz:

O direito de influência que é dado às partes implica em um dever que recai sobre o magistrado de manifestar-se sobre os argumentos trazidos por aquelas ao processo, mesmo quando sua decisão é no sentido de rejeitá-los. Na realidade, é extremamente importante a análise dos argumentos rejeitados, de maneira que as partes possam controlar a atividade jurisdicional. E aqui se nota uma clara vinculação entre o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais. (GALDURÓZ, 2022, p. 1299).

Coextensas, ao contraditório, são a ampla defesa e a isonomia, uma vez que a participação democrática das partes na construção da decisão à qual estarão obrigadas não implica apenas em oportunidade de manifestação e influência, sendo essencial a igualdade de realização construtiva e implementadora do procedimento, bem como defesa plena, pelos meios e elementos jurídico-sistêmicos por alegações e provas. (LEAL, 2018, p.155-156)

No que se refere à garantia de julgamento por um juízo natural, importa, essencialmente, em duas implicações, quais sejam, o direito de qualquer um do povo de ter sua pretensão apreciada por alguém investido na função jurisdicional e, ainda, na vedação aos tribunais de exceção, ou seja, tribunais cuja competência é fixada após os fatos.

O acesso a jurisdição⁴ “é visto como direito de ação,[...] significando, ainda, acesso ao Poder Judiciário, pressupondo análise judicial de pedido formulado, conjugado com a inafastabilidade da jurisdição.” (COSTA, EÇA, 2022, p. 160).

Quanto a vedação a criação de um tribunal de exceção, Rosemiro Pereira Leal, destaca:

Daí se fala no requisito do juízo natural que estabelece, para garantia de direitos fundamentais de liberdade, dignidade e ampla defesa, a coexistência do Estado Democrático de Direito e de seus órgãos jurisdicionais, com competências predefinidas, ante os atos ou fatos a serem julgados. (LEAL, 2018, p.180)

O Prof. Dr. Ronaldo Brêtas sublinha que “o princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito exprime-se, também, pelo princípio da reserva legal ou princípio da prevalência da lei”, o que indica que “os órgãos jurisdicionais devem irrestrita obediência ao ordenamento jurídico” e à Constituição (DIAS, 2015, p. 158)

No que se refere à observância da legalidade, importa destacar que o Prof. Baracho observa que é premissa do processo constitucional que a lei que institui os procedimentos “não pode conceber formas que tornem ilusória a concepção de processo, consagrada na Constituição”, sendo imperioso, para tanto, a existência de meios de controle de constitucionalidade das leis. (BARACHO,1965-1997, p. 56)

Desta forma, a observância do texto legal isoladamente, não garante a preservação de direito, devendo a lei ser instituída, aplicada e fiscalizada em sintonia com as determinações constitucionais.

Finalmente, imperioso destacar a garantia do devido processo legal, enquanto conjunto de garantias criadas para assegurar direitos fundamentais. Significa dizer que cada uma das garantias processuais concorre para a implementação do contínuo do Estado Democrático de Direito, sendo o devido processo legal um bloco aglutinante de vários direitos e garantias fundamentais em relação ao Estado. (DIAS, 2015, p.93).

4 Esclarecemos que adota-se a expressão acesso a jurisdição e não “acesso à justiça”, uma vez que entende-se que a função jurisdicional é uma decorrência estrutural do Estado Democrático de Direito, ao passo que a justiça é um conceito filosófico, que pode admitir diferentes acepções.

Destacam-se alguns pontos essenciais do direito ao devido processo: o direito constitucional de defesa; o direito à prova: acolhimento e prova proibida; o direito de tutela a um processo, sem dilações indevidas; o direito aos recursos. (BARACHO, 2004, p. 74)

Sendo assim, “a violação de um princípio significaria o desrespeito aos demais.” (FIORATTO, DIAS, 2010, p. 231), de modo que no Estado Democrático de Direito a relação entre processo e constituição impõem limites à função-dever de decidir, pela observância das garantias processuais.

O processo em sentido constitucional democrático é, portanto, um obstáculo à arbitrariedade, considerando todo o conjunto de garantias a ele inerentes, não sendo objetivo deste estudo tratar de todas pormenorizadamente, mas apenas apresar aquelas indicativas da decidibilidade democrática, tema a ser tratado em seguida.

4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONALIZADA E DECIDIBILIDADE DEMOCRÁTICA

Ao tratar da constitucionalização do direito e Konrad Hesse destaca a importância da interpretação jurídica na consolidação e preservação da força normativa da Constituição, para evitar que por meio da interpretação as disposições constitucionais sejam vilipendiadas.

Leciona o autor:

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. (HESSE, 1991, p. 22)

Nesta senda, pode-se dizer que a atividade de julgar e aplicar o direito, em um Estado Democrático de Direito Constitucionalizado, é uma atividade interpretativa vinculada, cujos limites estão estabelecidos pelas normas constitucionais e pelas garantias processuais.

Não por outro motivo, Hesse afirma que “o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa.” (HESSE, 1991, p. 23).

Conforme já salientado, a jurisdição é um dos institutos básicos da teoria geral do processo e passou a ser estudado, também, por constitucionalistas. (NUNES, PEDRON, BAHIA, 2020, p. 249)

Deste modo, a Teoria do Processo Constitucional, também, se preocupa em delimitar a compreensão de jurisdição constitucional, enquanto objeto de investigação, o que é destacado pelo Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, segundo o qual:

O conteúdo do Processo Constitucional tem-se ampliado, sendo que alguns temas estão presentes nos diversos sistemas de jurisdição constitucional. Assuntos como jurisdição, garantias constitucionais, instrumentos processuais de defesa do ordenamento jurídico constitucional, dos direitos fundamentais, as noções de processo e dos órgãos constitucionais, tomam a atenção de diversos estudiosos. Alguns intérpretes vêem a jurisdição constitucional como objeto essencial das investigações sobre Processo Constitucional. (BARACHO,1965-1997, p. 59-60)

Nesta senda, considerando o marco teórico do processo constitucional a jurisdição também deve se conformar ao paradigma constitucional para efetividade das garantias previstas, conforme afirma Baracho:

A gênese, métodos de elaboração e os objetivos do Processo Constitucional ocorrem dentro das coordenadas constitucionais, através da fundamentação e determinação de seus pressupostos da definição da Jurisdição Constitucional, que procura ampliar as possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais em sua plenitude, sem qualquer restrição de ordem econômica ou social, bem como do direito de defesa. (BARACHO,1965-1997, p. 58)

Sendo assim, cogita-se o Processo Constitucional como teoria de conformação das decisões judiciais ao paradigma democrático, com a consequente observância das garantias processuais constitucionais.

Logo, a garantia de fundamentação das decisões implica em dever do julgador e direito das partes, pois permite que as partes fiscalizem a decisão judicial e, também, a reveste de legitimidade democrática, desde que a fundamentação seja informada pelo contraditório, ou seja, corresponda estritamente aos fundamentos objeto do diálogo processual estabelecido. Isso porque:

Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no iter procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade. (LEAL, 2002, p. 105).

Conforme destacam Ronaldo Brêtas e Débora Fioratto contraditório e a fundamentação das decisões são do-dependentes e garantem o controle do processo pelos seus legitimados, ou seja, pelas partes. Dessa forma, propiciam um devido processo constitucional no Estado Democrático de Direito. (FIORATTO, DIAS, 2010, p. 250).

Desta feita, não é democrática a decisão que parte de fundamentos pessoais e solitários do julgado, que não se relaciona ao debate processual estabelecido, estando alheia a influência das manifestações de seus destinatários.

Ensina o Prof. Luiz Sérgio Arcanjo dos Santos que a função jurisdicional só é exercida constitucionalmente, quando parte de uma construção participada e aplica os princípios processuais constitucionais. Realça-se a prescrição do douto pesquisador:

A atividade-dever jurisdicional só pode ser realizada constitucionalmente, e, portanto, fundamentadamente, com uma construção dialógica (participada) de formação de provimentos jurisdicionais e, sobretudo, com o dever da aplicação dos princípios processuais constitucionais do Estado Democrático de Direito. (DOS SANTOS, 2022, p. 58).

Além disso, conforme, bem salienta, Ronaldo Brêtas, o fundamento básico do Estado Democrático de Direito é que o poder emana do povo, de formas que o texto constitucional de 1988 exige que aqueles investidos da função jurisdicional decidam conforme as normas constitucionais e infraconstitucionais que integram o ordenamento jurídico, pois derivadas do poder do povo. (DIAS, 2015, p. 159). Desta feita:

A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos [órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais, emanadas da vontade do povo, porque discutidas votadas e aprovadas pelos seus representantes no Congresso Nacional. (DIAS, 2015, p. 158-159

Pode-se dizer, portanto, que no Processo Constitucional Democrático o juiz não assume centralidade, tampouco é o único, nem mesmo o melhor, intérprete do direito, a formação da decisão é compartilhada.⁵ (NUNES, PEDRON, BAHIA, 2020, p. 305).

“No Estado Democrático de Direito o processo deve ser compreendido como garantia constitutiva de direitos fundamentais” (FIORATTO, DIAS, 2010, p. 254), de forma que a legitimidade de uma decisão judicial estará condicionada a observância das prescrições constitucionais e das garantias processuais, neste paradigma de estado.

Ademais, como evidenciado, o devido processo legal indica a existência de garantias correlacionadas e indissociáveis, assim só se poderá falar em decisão democrática quando no curso do procedimento judicial tiver sido assegurada a ampla-defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, com possibilidade de produção probatória, nos limites temporais legais, capaz de influenciar a decisão final.

Não se ouvida, ainda, da necessária isonomia entre as partes, a qual “equivale à igualdade temporal de dizer e contradizer para complementação, entre as partes, da estrutura procedimental.” (LEAL, 2018, p. 155).

Outrossim, só se considera que houve decisão democrática, quando o juízo pela qual foi proferida é prévia e constitucionalmente previsto, sendo que qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito legítima a parte a ter sua pretensão analisada em juízo.

Por todo exposto, pode-se concluir que a observância das garantias processuais constitucionais e do devido processo legal são condições de possibilidade para decisão jurisdicional democrática, assim como a observância do ordenamento jurídico, devendo a decisão ser proferida nos limites da reserva legal.

A decisão judicial democrática, por conseguinte, enquanto decisão informada pelo contraditório, deve analisar e considerar as alegações de fato e de direito das partes, bem como as provas produzidas, sendo o resultado de uma análise racional dos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, afastando-se qualquer decisão cujos fundamentos sejam estranhos ao diálogo compartilhado, ou ainda, aquelas cuja conclusão resulte em violação à lei ou à Constituição.

5 Advertem os professores Flávio Pedron, Dierle Nunes e Alexandre Bahia que “O estabelecimento de focos de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de Direito da alta modernidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante afirmam Renê Hellman e Eduardo Galduróz, “importa sempre debater sobre a construção da decisão judicial, pois isso implica em debate sobre formas de controle do exercício do poder jurisdicional”.(GALDURÓZ, 2022, p. 1297).

Refletindo tal preocupação, o Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça inaugurou no ano de 2021 o grupo de pesquisa nomeado “Processo e Decidibilidade Democrática”, regularmente inscrito no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil, vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.⁶

Ademais, no intuito de publicizar as pesquisas desenvolvidas pelos alunos do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, fruto dos debates nas aulas ministradas pelo citado professor no referido programa de pós graduação, foi editado e publicado o livro *Processo Constitucionalizado e Decidibilidade Democrática*,⁷ sendo que o presente artigo visou apresentar a concepção de decisão judicial democrática acolhida pelos pesquisadores vinculados ao grupo.

Para tanto, o presente estudo expôs o fenômeno da constitucionalização do direito com ênfase na constitucionalização do processo, dedicando particular exame da proposição de Konrad Hesse sobre a normatividade da Constituição.

Após, discorreu-se sobre a Teoria Constitucionalista do Processo, enquanto teoria geral do direito processual, que se desenvolveu em grande medida, por esforços de pesquisas de autores latino americanos e inovou ao propor uma leitura garantista das normas processuais constitucionais.

Foram abordados, ainda, algumas das garantias processuais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), com especial enfoque àquelas que afetam a decisão judicial, compondo o conjunto de garantias denominado devido processo legal.

Por fim, procurou-se identificar os pressupostos da decisão jurisdicional democrática, vinculando-a às garantias do Estado Democrático de Direito, particularmente, às garantias processuais constitucionais.

Desse modo, assim como afirma Konrad Hesse que “a concretização plena da força normativa constituinte é meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional (HESSE, 1991, p. 27), a concretização da constitucionalização do processo em decisões judiciais democráticas, também é o escopo do estudo do Direito Processual Constitucional Democrático, com o qual empenhou-se em contribuir neste ensaio.

6 O registro do grupo de pesquisa pode ser acessado no seguinte endereço eletrônico: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelho-grupo/745575>.

7 EÇA, Vitor Salino de Moura Eça. (Coord.). *Processo Constitucionalizado e Decidibilidade Democrática*. 1ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2022, v. 1

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 90, p. 69-166, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. **Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**. v. 55-56. Ano 1 n. 1. Belo Horizonte: 1965-1997. p. 56-68. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf. Acesso em: 22 abr. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**. Fortaleza V.4 n.2 p. 1-431 julho a dezembro de 2006. p. 13 -100.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
- COSTA, Kannandha Nunes . EÇA, Vitor Salino de Moura. **Inafastabilidade da jurisdição e solução consensual de conflitos no processo constitucional**. In: Coordenador Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça. (Org.). *Processo Constitucionalizado e Decidibilidade Democrática*. 1ed.Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2022, v. 1
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- DOS SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo. **Processo constitucional e a fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito**. In: Coordenador Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça. (Org.). *Processo Constitucionalizado e Decidibilidade Democrática*. 1ed.Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2022, v. 1
- FIORATTO, Débora Carvalho. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da Fundamentação das decisões na construção do estado. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano. Volume V. Número 5. Janeiro a Junho de 2010.
- HELLMAN, Renê. GALDURÓZ, Eduardo. O juiz e a dúvida: reflexões sobre a decisão judicial. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 1. Janeiro a Abril de 2022.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabris Editor, 1991.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 14. ed. rev. e atual. Editora Forense, 2018.
- LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo código de processo civil: Vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões Imotivadas. In. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 1. Janeiro a Junho de 2016
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Salvador: Ed. Jus Podium, 2020.
- PIMENTA, Marcus Vinícius. PROCESSO CONSTITUCIONAL: Consonâncias e Dissonâncias entre as proposições de Couture, Fix-Zamudio, Baracho, Andolina e Vignera. In. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v23. N.45. 2020. p. 256 - 274.
- PEREIRA, Amanda Karolina Silva. **Processo constitucional e o cpc de 2015: análise da exposição de motivos, dos dispositivos legais e crítica à jurisprudencialização à luz da teoria constitucionalista do processo**. In: DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. (Org.). *Tópicos especiais de processo civil: Análise crítica e perspectivas*. Vol. 2. 1 ed. Belo Horizonte: RTM, 2021, v. 2, p. 11-30.
- SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. p.272-297.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 22/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 10/05/2022
- Avaliação 2: 07/08/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2022
- Retorno rodada de correções: 07/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 07/08/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA E A FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO NA GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

SYMBOLIC CONSTITUTION AND THE SOCIAL FUNCTION OF THE STATE IN GUARANTEEING ACCESS TO JUSTICE

FRANCISCA IRACEMA DE SOUZA CAVASSA¹

ANA ROSA GÓES SOARES²

HEITOR ROMERO MARQUES³

RESUMO

O presente trabalho consiste no estudo acerca da legislação brasileira e os entraves que dificultam sua aplicação e eficácia material, mais precisamente as que se relacionam a garantia de acesso à justiça. Faz-se abordagem acerca dos aspectos concernentes a legislação simbólica tal qual a constituição simbólica e a função social do Estado na consolidação do direito de acesso à justiça. Buscou-se trazer a análise e definição da terminologia simbolismo constitucional bem como os aspectos relativos às funções sociais do Estado na aplicação do direito com ênfase nas garantias fundamentais e sociais previstas na Constituição Federal. Agrega-se ao objeto de estudo a verificação da aplicação do direito de acesso à justiça como forma de inclusão e a ineficácia normativa na efetiva aplicação de tal instituto. Visou à análise da aplicabilidade jurídico-normativo na contemporaneidade e a implicação do campo político na efetiva materialização de direitos e sua influên-

- 1 Mestranda em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco. Bacharel do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco. Estagiário de Direito do Ministério Público Estadual - 21ª Procuradoria Geral de Justiça (2018-2020). Participou do Grupo de Pesquisa intitulado Direitos Humanos em Campo Grande e a intersubjetividade em termos de ética e da alteridade: um estudo jurídico-filosófico e educacional da Universidade Católica Dom Bosco. Graduada em Administração pelo Centro Universitário UNIGRAN - Capital (2015). Participou do Grupo de Estudos e Pesquisas em Teoria Sócio-Histórica, Migrações e Gênero do Programa de Mestrado e Doutorado em Psicologia da Universidade Católica Dom Bosco. Aluna PIBIC - UCDB, voluntária no ciclo 2014-2015. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/6714542319361079>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9440-4118>.
- 2 Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Escola de Direito do Ministério Público - EDAMP Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2015-2020). Integrou o Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica PIBIC/UCDB/CNPq. Participou do Projeto de Pesquisa desenvolvido no âmbito do Núcleo de Práticas Jurídicas da Universidade Católica Dom Bosco. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/0111149867581309>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6442-4310>.
- 3 Possui graduação em Ciências - Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso (1976), graduação em Pedagogia - Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso (1981), graduação em Educação Moral e Cívica Exame de Suficiência pela Universidade Federal de Goiás (1971), graduação em Ciências de Primeiro Grau Exame de Suficiência pela Universidade Federal de Goiás (1969), Especialização em Filosofia e História da Educação (1986) - FUCMT. Mestrado Em Educação Formação de Professores pela Universidade Católica Dom Bosco (1996) e doutorado em Desarrollo Local Y Planificación Territorial - Universidad Complutense de Madrid (2004). Atualmente é professor na Universidade Católica Dom Bosco, atuando em cursos de licenciatura e bacharelado, bem como na especialização *lato sensu* e Programa de Mestrado e Doutorado em Desenvolvimento Local em contexto de territorialidades (Coordenador no período: 1/03/2012 a 07/03/2016). Membro efetivo do Conselho Municipal de Desenvolvimento Rural Sustentável do Município de Campo Grande- MS. Membro representante do PPGDL/UCDB no CERMA - Comitê Estadual de Refugiados, Migrantes e Apátridas (mandado 2021 - 2023). Membro do Grupo de Pesquisa da Universidad Politecnica Salesiana de Ecuador intitulado. Membro do Grupo de Pesquisa ESCER - Estudando o Cerrado, liderado por Maria Corette Pasa da UFMT. Membro do Proyecto de Innovación Docente [Las humanidades, el patrimonio y las ciencias sociales como proceso de hibridación de innovación educativa y felicidad academica de la Universidad Don Bosco de El Salvador, sob a corrdenação de Antonio Rafael Fernández Paradas (Espanha), Rafael Ravina Ripoll (Universidad de Cádiz, Espanha) e Guillermo Antonio Guitierrez Montoya (Universidad Don Bosco, El Salvador). LATTES: <http://lattes.cnpq.br/6681173217974714>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0093-1617>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

CAVASSA, Francisca Iracema de Souza; SOARES, Ana Rosa Góes; MASQUES, Heitor Romero. Constituição simbólica e a função social do Estado na garantia de acesso à Justiça. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 40-55, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9042>.

cia na procrastinação de compromissos e promessas dilatórias. Por meio deste trabalho concluiu-se que o aspecto político se sobrepõe aos ditames constitucionais, o que consequentemente traz novas modulações ao estatuto social, sendo oportuno ressaltar que incumbe ao Estado a criação de mecanismos que efetivamente facilitem a aplicação normativa do instituto ora em análise e, sobretudo à população na observância das normas e escolha dos respectivos legisladores. O desenvolvimento metodológico consistiu em revisões bibliográficas com utilização do método analítico-sintético e segue como linha de pesquisa a Função Social do Direito e Interculturalidade, subárea Direitos Sociais e Políticas Públicas.

Palavras-chave: Constituição simbólica. Função social. Direitos fundamentais. Acesso à justiça.

ABSTRACT

The present work consists in studying the Brazilian legislation and those that hinder its application and the application material, more precisely how to relate the guarantee of access to justice. It deals with aspects related to symbolic legislation and what is the symbolic constitution and social function of the state in maintaining the right of access to justice. We sought to bring an analysis and definition of the terminology constitutional symbolism, as well as aspects related to the social functions of the state in application of law with emphasis on the fundamental and social requirements applicable in the Federal Constitution. It is added to the object of study of verification of the application of the right of access to justice, as a form of inclusion and normative ineffectiveness in the effective application of the institute. Visit the analysis of the normative legal applicability in contemporary times and the implication of the political field in the effectiveness of the materialization of rights and their influence on the procrastination of dilatory commitments and promises. Through this study, which shows the political aspect of constitutional names or, consequently, brings new modulations to social status, it is important to emphasize that it is up to the State to create mechanisms that effectively facilitate the normative application of the institute or the analysis and analysis, mainly to the population in compliance with the rules and choice of legislators. The methodological development consists of bibliographic analyzes using the analytical-synthetic method and follows as line of research the Social Function of Law and Interculturality, subarea Social Rights and Public Policies.

Keywords: Symbolic constitution. Social function. Fundamental rights. Access to Justice.

1. INTRODUÇÃO

O processo democrático no Brasil passou por vários momentos ao longo de sua história e, apesar dos avanços sociais, muitos problemas e desigualdades ainda predominam. Com a Constituição Federal de 1988, o Brasil recebeu a titulação de Estado Democrático de Direito de modo que, fez surgir na sociedade a expectativa de ver consolidado os direitos e garantias fundamentais tal como expresso no texto constitucional. Entretanto, com o passar dos anos reascende o questionamento sobre a efetiva prestação de tais direitos tão exaltados pelas normas desde a sua criação. Em tal contexto, faz-se pensar se realmente as garantias expressas no ordenamento jurídico vem cumprindo com seu objetivo diante dos anseios sociais.

Nessa perspectiva, o presente trabalho consiste no estudo acerca da legislação brasileira e os entraves que dificultam sua aplicação e eficácia material, mais precisamente as que se relacionam a garantia de acesso à justiça. Nesse sentido, serão abordados aspectos referentes à legislação simbólica tal qual a constituição simbólica e a função social do Estado na consolidação do direito de acesso à justiça.

Em primeiro momento, analisam-se os aspectos referentes ao acesso à justiça visando sua conceituação e características sendo oportuno ressaltar que, no presente trabalho, esse

instituto será analisado sob o prisma de garantia constitucional. O que se investiga quando se estuda o acesso à justiça, é se realmente vem sendo aplicada a efetividade social do Direito e se suas prescrições estão de fato sendo implementadas e observadas pelos destinatários das normas jurídicas.

O texto constitucional assegura em seu artigo 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Tal dispositivo consagra ainda o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, o que significa escrever, em poucas palavras, que se trata da possibilidade de provocar a prestação jurisdicional para garantir a tutela de direitos, ou seja, consiste em um instrumento normativo para concretização dos direitos materiais.

Entretanto, é sabido que os obstáculos ao alcance do acesso à justiça apesar dos avanços continuam sendo um dos grandes desafios da sociedade afetando especialmente os mais pobres. Resta a dúvida se os destinatários estão aptos a compreender o sentido de justa decisão e se está sendo possível efetivar o que foi estabelecido nas diversas Declarações de Direitos – e por quais meios vem se cumprindo.

No sentido de buscar a inclusão social em âmbito jurídico, surge a função social do Estado na aplicação e manutenção dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles, o direito ao acesso à justiça, objeto de análise do presente trabalho. Para que este objetivo estatal seja alcançado de maneira eficaz é necessário o desenvolvimento de políticas públicas que, embaçadas em normas de eficácia plena, contribuam para materialização normativa e desmistificação do seu aspecto simbólico.

Sabe-se que acesso à justiça e justiça gratuita são conceitos antagônicos e de aplicação distinta, faz-se há breve análise da definição de ambos os institutos, bem como para a melhor compreensão da terminologia simbolismo constitucional serão analisados os aspectos concernentes a incapacidade jurídico-normativo envolvendo a legislação na atualidade.

De antemão, pretende-se verificar os principais obstáculos que afetam a plena aplicação normativa através de uma breve análise histórica envolvendo a instituição dos direitos sociais. Ademais, em que pese a existência de diversos meios dispostos a garantir a eficácia legislativa, no que tange ao acesso à justiça, ainda se sobrepõe entre a sociedade desafios que impedem sua aplicação em plenitude.

Ainda, o estudo se conduz por meio da discussão acerca da função social do direito com fito na garantia de acesso à justiça, bem como a promoção de políticas públicas que visam a ampliação do acesso à justiça, tais como a criação de defensorias públicas, a implementação de centros de mediação e conciliação, entre outras.

Nesse interim, aborda-se o aspecto político da legislação e sua influência na procrastinação de compromissos e promessas dilatórias que afetam a efetividade normativa e concretização de direitos e garantias, precisamente relacionada ao acesso à justiça. O processo metodológico adotado envolveu a realização de revisões bibliográficas, utilizando-se do método analítico-sintético.

Essa pesquisa segue a linha de investigação sobre a Função Social do Direito e Interculturalidade, com enfoque específico na subárea de Direitos Sociais e Políticas Públicas. O estudo se baseia em análise qualitativa, a qual se concentra na compreensão e interpretação dos fenômenos legislativos pertinentes ao tema, sob uma perspectiva subjetiva. Os resultados serão aplicados de forma descritiva a partir de autores bibliográficos, doutrinadores e juristas da área, bem como, a partir da análise e verificação do próprio texto constitucional.

2. SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL

As normas impostas pela Constituição Federal possuem caráter imperativo, podendo ser levadas ao judiciário sempre que suas postulações e ditames forem desrespeitados. Seu aspecto limitativo impõe aos membros da sociedade e principalmente aos dirigentes do Estado, deveres e obrigações com vista ao alcance de objetivos expressos no intuito de constituir uma sociedade mais justa e igualitária.

Entretanto, a função política e suas características excessivamente dominantes acabam por agregar ao texto normativo um caráter estruturalmente simbólico. Tal aspecto constitucional torna-se prejudicial à concretização dos preceitos fundamentais provocando a sobreposição de questões políticas sobre questões jurídicas e desta forma, interferindo na efetiva solução dos problemas sociais.

Percebe-se com exatidão que, o rol dos direitos sociais expressos no ordenamento jurídico se envolve de um ínsito caráter inefetivo, sendo formal e socialmente aptos ao desenvolvimento e acolhimento social, no entanto, material e efetivamente inaplicáveis. Subsiste, portanto, a inobservância de meios adequados à concretização dos mandamentos impostos pela norma constitucional.

2.1 DEFINIÇÃO DE SIMBOLISMO

A respeito da terminologia “simbólico” existem diversas formas de definição atreladas aos diversos modos culturais. Não obstante, o interesse do presente estudo diz respeito a sua definição dogmática em relação ao universo jurídico. Faz-se importante destacar que inexistente unanimidade acerca da conceituação do referido termo.

Em apartada síntese, o termo “simbólico” no contexto legislativo pode se referir a disposições legais que possuem um significado representativo ou expressivo, sem necessariamente terem um impacto prático e direto na regulação da conduta social. Ou seja, tais disposições têm uma função simbólica, expressando valores, princípios e ideias que são importantes para a sociedade.

Portanto, infere-se que a terminologia está atrelada a diversas definições. Seu caráter ambíguo toma por referência aspectos antropológicos, sociológicos e semiótico para sua correta conceituação. Sob o ponto de vista jurídico do termo, observa-se a compreensão sob o sentido de adjetivação conforme atribuído por Marcelo Neves, onde afirma que referida terminologia “aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto – a lei –, sobretudo em detrimento da função jurídico-normativa” (NEVES, 2007, p. 23).

Dito posto, pode-se considerar o simbolismo constitucional como uma teoria que afirma que as constituições são mais do que meros documentos jurídicos, e que também possuem um significado simbólico e cultural. Segundo esta teoria, as constituições são símbolos da nação e de seus valores, e refletem a identidade e a cultura do povo que as adota.

Para melhor compreensão expõe-se o tema estudado por Marcelo Neves em sua obra “A Constitucionalização simbólica”, onde o autor aborda as implicações sobre o texto normativo, em especial na perspectiva Constitucional.

2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Adentrando ao tema Constituição simbólica aborda-se brevemente a teoria desenvolvida pelo professor Marcelo Neves, tese submetida para fins de aprovação em concurso público para o cargo de professor Titular na Universidade Federal de Pernambuco.

A análise da referida constituição parte do pressuposto de um mecanismo jurídico-instrumental que sobrepõe a ideia da construção normativa sem efetividade ante a possibilidade de uma legislação materialmente aplicável. Nesse sentido, uma legislação é considerada simbólica quando o seu conteúdo político se torna mais forte em detrimento de seu conteúdo jurídico. Se a lei em questão possui carga simbólica muito forte e em contrapartida não possui efetividade jurídica a denominamos de legislação simbólica.

A hipertrofia - palavra chave na teoria de Marcelo Neves - da função simbólica em sua essência político-ideológica predomina sob o aspecto essencial da norma, qual seja seu caráter jurídico, podendo neste caso, dividir a Constituição Simbólica em dois aspectos: negativo e positivo. O primeiro, atribui à constituição a deficiência na concretude jurídico-normativa, fazendo com que a norma perca sua capacidade orientadora, o segundo diz respeito ao aspecto positivo onde a constitucionalização simbólica camufla os problemas sociais, impedindo que efetivamente ocorram transformações na sociedade.

Ademais, a constituição simbólica poderá se revestir de três formas, quais sejam: a) confirmação de valores sociais, b) demonstração da capacidade de ação Estatal, e c) procrastinação da solução de conflitos sociais. Em vista disso, ressalta-se que o processo de constitucionalização simbólica acaba por se tornar algo prejudicial à efetiva concretização dos mandamentos constitucionais, provocando a sobreposição de questões relacionadas ao fator político em detrimento do fator jurídico e social onde a omissão estatal na apresentação de soluções concretas aos problemas sociais acaba por acarretar a precarização dos direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, a problemática envolvendo a legislação simbólica não se limita somente às intenções do legislador, sendo oportuno a análise dos diversos fatores e motivos sociais que ocasionaram a referida atuação legiferante. Ressalte-se, conforme se depreende do terceiro requisito do simbolismo constitucional, que a norma é também utilizada para procrastinar o cumprimento de promessas, isso implica na ineficácia normativa sob o aspecto político simbólico, fazendo com que ocorra a dilação dos conflitos sociais para um futuro ainda indeterminado.

2.2.1 LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E EFEITOS LATENTES (INDIRETOS)

A respeito dos efeitos latentes, indiretos, pode-se ressaltar que a legislação simbólica se vale de um sentido conotativo e mediato onde este prevalece sobre a eficácia normativo-jurídico e se sobrepõe ao alcance dos destinatários da norma. Em vista disso, transparece a ideia de que o legislador já presume que determinado conteúdo normativo não terá aplicabilidade. É propriamente nesse adiamento da resolução do conflito que reside o significado latente

da lei, ao passo que o significado manifesto (direto) está na intuição de que ela produzirá resultados efetivos.

De acordo com Neves (2007, p. 42) a legislação simbólica “teria, então, efeitos sociais latentes, em muitos casos bem mais relevantes do que os ‘efeitos manifestos’ que lhe faltaram”. Não obstante os efeitos normativos não atingirem sua finalidade jurídica, qual seja, a efetiva concretização normativa, os efeitos que em tese, deveriam repercutir na sociedade subsistem, contudo, sem resolver os problemas sociais latentes.

O símbolo, conforme já mencionado, é um mecanismo de intermediação não arbitrária entre sujeito e realidade. Dessa forma, o direito surge exercendo sua força simbólica de poder, onde existe a busca pela justiça racional, na constância de corroborar a forma como texto normativo está sendo editado e a verdade material de seu conteúdo.

Em vista disso, a legislação simbólica está relacionada à distinção entre variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas onde referidas funções instrumentais implicam na relação meio-fim, objetivando o alcance de resultados mediante a ação. Desta forma, a postura simbólica não se caracteriza pela imediatidade da satisfação de necessidades, sendo assim, o simbolismo normativo refere-se ao predomínio do sistema jurídico instrumental em que as leis são os meios utilizados para se alcançar determinados fins desejados pelo legislador, sobretudo em relação aos aspectos sociais, refletindo, portanto, a forma ilusória acerca da eficácia normativa.

3. FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO NA CONSOLIDAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existe na atualidade a confirmação de que os direitos atribuídos aos cidadãos não estão sendo efetivamente aplicados o que, conseqüentemente contribui para o aumento das desigualdades e a marginalização social. Nesse sentido, pode-se verificar que a inclusão e o nivelamento dos direitos e garantias expressos no texto constitucional ainda continuam sendo algo abstrato, dado o efeito intangível da norma frente aos anseios sociais.

De fato, o contexto socioeconômico do Estado brasileiro está envolto pela disparidade de condições entre os indivíduos. Se por um lado, os direitos e garantias sociais expressos no texto constitucional são plenamente exercidos por pessoas de classe média alta, por outro, os mesmos direitos são quase que inalcançáveis por aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, de modo que, verifica-se uma assimetria entre o ordenamento jurídico posto e a realidade do contexto social.

Podemos perceber que as condições de miserabilidade e hipossuficiência afetam rotineiramente a vida da população, limitando-os e restringindo-os do pleno exercício da cidadania. Ressalta-se que a garantia de acesso à justiça enfrenta grande deficiência e é ineficaz em relação a esse grupo de pessoas, haja vista as falhas existentes nos textos expressos.

Nos ensinamentos do jurista Luís Roberto Barroso, relativamente a função social do Estado na consolidação de direitos, tem-se que a aplicabilidade dos direitos sociais se dá por meio da efetividade das normas constitucionais que os consagram. Isso significa que a Constituição

Federal, ao estabelecer os direitos sociais como princípios fundamentais, impõe ao Estado o dever de garantir sua implementação por meio de políticas públicas.

Assim, a realização dos direitos sociais depende da atuação do Estado na criação de condições concretas para que esses direitos sejam exercidos em sua plenitude. Isso inclui a implementação de políticas públicas, a destinação de recursos financeiros e humanos para essa finalidade e a fiscalização da efetividade dessas medidas.

Sendo assim, a função social do Estado é de atender e cumprir com os interesses sociais e coletivos, com inclusão e igualdade, irradiando-se por toda sua estrutura através do comprometimento com o seu Dever de agir. O Estado deve utilizar-se de suas prerrogativas funcionais para executar as atividades a si inerentes, projetando a consecução material de objetivos pré-estabelecidos no texto normativo.

Nesse ínterim, implica ao Estado, por meio de seus dirigentes, assegurar a igualdade de condições através de mecanismos facilitadores e acessíveis que apregoem a igualdade de possibilidades aos indivíduos frente a alternativas efetivamente existentes no campo político, social, cultural e econômico.

3.1 ASPECTOS REFERENTES ÀS FUNÇÕES SOCIAIS DO ESTADO NA APLICAÇÃO DO DIREITO

No estudo das funções sociais do Estado encontramos as funções de realizar a justiça, fazer leis, governar e administrar. São muitas as classificações aptas a determinar as atribuições exercidas pelo Estado, sendo oportuno ressaltar que a realidade no mundo atual, sem dúvida, requer uma atuação em prol do bem-estar coletivo que assegure condições mínimas de vida aos cidadãos sendo garantidor de boa organização, gestão administrativa e principalmente responsável pelo contingenciamento das desigualdades sociais.

Por meio do estudo acerca da efetivada normativa é possível destacar alternativas que podem ser empregadas para diminuir o descrédito aos direitos fundamentais. Nesse sentido, faz-se possível apontar a vulnerabilidade do próprio ordenamento jurídico e a atuação dos legisladores que, em muitos casos, de forma inexpressiva, são responsáveis pela elaboração de leis que, de sua origem, já são ineficazes, haja vista o desconhecimento de seu campo social de aplicação.

Nesta senda, o sistema de aplicação das normas constitucionais, pautado pela Constituição Federal de 1988, estabelece princípios fundamentais, direitos e garantias individuais e coletivas, além de atribuir competências e estabelecer limites de atuação para os poderes públicos. Em conformidade, as normas constitucionais têm aplicabilidade imediata e devem ser interpretadas de forma a garantir a plena efetividade dos direitos e princípios constitucionais. Isso significa que os órgãos do Poder Judiciário devem zelar pela observância das normas constitucionais em todos os casos que chegam à sua apreciação, inclusive nas ações movidas por particulares contra o Estado.

Segundo o jurista José Afonso da Silva, o sistema da aplicabilidade das normas constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro é pautado pelo princípio da supremacia da Constituição, que significa que todas as normas jurídicas devem ser interpretadas à luz da Constituição e que os demais poderes e instituições do Estado devem atuar em conformidade com ela.

Em vista disso, o ideal de Estado garantidor de direitos só será efetivamente alcançado por meio da utilização de métodos e instrumentos aptos a concretização de fins sociais pré-estabelecidos de forma a assegurar a real aplicação da norma posta no conjunto normativo. Partindo desse pressuposto, passa-se a se falar em justiça social, sendo esta uma categoria jurídico-político-sociológica.

Em apartada síntese, a justiça social, por sua vez, será materialmente aplicável quando unir os interesses econômicos, sociais e políticos com honestidade e equidade, fazendo com que ambas as funções estatais estejam em equilíbrio em busca de um mesmo objetivo: o de garantir a igualdade de condições aos seus agentes, qual seja a sociedade.

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88

Os Direitos Sociais estão previstos no art. 6º da Constituição Federal e compreendem os direitos de segunda geração os quais dependem de organização do Estado para sua solidificação. São eles:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1998).

Desta forma, o Estado deixa sua posição inerte e passa a atuar positivamente visando a fornecer aos cidadãos condições dignas de existência para que, reduzindo-se as desigualdades sociais, seja construída uma sociedade justa e solidária.

A Constituição Federal assegura expressamente os direitos e garantias fundamentais ao estabelecer no art. 5º o princípio da isonomia e direitos sociais comuns a toda coletividade. As cláusulas pétreas previstas no Art. 60, § 4º, IV do mesmo diploma constitucional reforçam a ideia da consolidação do caráter jurídico máximo das garantias fundamentais. Nesse sentido, o artigo 60, §4º, da Constituição Federal de 1988 estabelece que não serão objeto de deliberação as propostas de emenda tendentes a abolir os direitos e garantias individuais e coletivos, assim como os direitos sociais. Essa disposição, conforme apontado, é conhecida como cláusula pétrea, ou seja, não pode ser alterada por meio de emenda constitucional (BRASIL, 1998).

Deste modo, o sentido real do artigo 60, §4º, da CF é assegurar a proteção e a preservação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, inclusive os direitos sociais, que visam a garantir a dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais (BRASIL, 1998).

Ao longo do texto constitucional verifica-se a preocupação na construção de um Estado Social garantidor de direitos e prestador de atividades positivas que visem a redução das desigualdades sociais e regionais. Não restam dúvidas de que o princípio do Estado Social e os direitos fundamentais integram os elementos essenciais, ou seja, a identidade da Lei Maior.

Os direitos sociais são, em sua essencialidade, direitos atribuídos em caráter de individualidade, devendo-se levar em consideração que o uso e o gozo dessas garantias são de fruição singular, portanto, tais direitos ditos sociais possuem uma dimensão inegavelmente individual.

A expressão “direitos e garantias individuais”, portanto, tal como consagrada no art. 60, § 4º, da Constituição da República, inclui também os direitos sociais (arts. 6º a 11), os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13) e os direitos políticos (arts. 14 a 17) (BRASIL, 1998). Reconhecendo-se o caráter constitucional e a exigibilidade imediata, sendo que, em caso de omissão ou violação de sua prestação confere ao indivíduo o poder de requerê-lo a qualquer tempo. Nesse sentido, o Estado, na tentativa de acolher a todos, acaba banalizando o real sentido de justiça social.

4. ACESSO À JUSTIÇA

Ao nascer, cada indivíduo adquire para si o poder máximo de movimentar a máquina judiciária sempre que se vê ameaçado de sofrer lesão ou ameaça aos seus direitos. Apesar de ser uma garantia posta a toda coletividade, isso não retira seu caráter individual, principalmente pelo fato de apregoar a proteção de cada indivíduo.

Frise-se que ao Estado é atribuída a competência de julgar todas as demandas que lhe são submetidas e, além disso, possui a responsabilidade de garantir que a justiça seja acessível a todos que dela necessitem criando meios facilitadores ao exercício da cidadania e ao pleno direito de ação. Nesse sentido, para que possamos compreender o contexto histórico do surgimento dessa importante responsabilidade atribuída ao Estado, faz-se necessário abordar brevemente os acontecimentos que contribuíram para sua consolidação.

Na antiguidade, a justiça aplicada entre os indivíduos se baseava unicamente na autotutela, ou seja, os litigantes eram os próprios responsáveis pela resolução de seus conflitos. Com o passar do tempo, por meio de grandes transformações sociais, novas teorias começaram a se adentrar pela sociedade formando novos moldes e parâmetros aplicáveis na resolução desses conflitos.

Nesse contexto, o Estado se incorporou ao poder da tutela jurisdicional e passou a intervir nos litígios avocando para si a competência de solucionar toda a contenda que se originava entre a população. Portanto, diante do surgimento da responsabilidade de solucionar conflitos foi preciso desenvolver uma forma de facilitar o acesso à justiça a todos os cidadãos, tornando-se então, esse instituto, uma garantia fundamental expressa no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, bem como em convenções internacionais, como o pacto de San José da Costa Rica, o qual reconhece o direito de toda pessoa a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo perante os juízes ou tribunais competentes, que o protejam contra atos que violem seus direitos fundamentais (BRASIL, 1998).

Desse modo, a toda e qualquer pessoa é garantido o direito constitucional de acesso à justiça e, como forma de facilitar e possibilitar esse acesso, o Estado, detentor do poder jurisdicional, permite a criação de órgãos que auxiliem na prestação de assistência jurídica aos que se encontrem em situação de vulnerabilidade.

Deve-se ressaltar que o acesso à justiça não significa, necessariamente, a justiça gratuita. Ambos estão dispostos no texto constitucional nos artigos 5º, inciso XXXV e o artigo 134, respectivamente, e versam sob aspectos materiais distintos (BRASIL, 1998). Assim, o acesso

à justiça é considerado direito de todos, indistintamente, tendo em vista que o Estado deve preservar a manutenção de direitos subjetivos. Em contrapartida, a justiça gratuita só será atribuída àquele que se encontra na condição de vulnerabilidade econômica perante o Estado, bastando para isso, a declaração expressa de sua condição de hipossuficiência.

Nesse sentido, em relação à gratuidade de justiça, já existem entendimentos firmados por nossos tribunais de que, o indeferimento do pedido de justiça gratuita precisa de fundamentação, uma vez que a legislação constitucional, bem como leis infraconstitucionais como o Código de Processo Civil, exigem apenas que seja entregue uma declaração do próprio indivíduo atestando sua condição de hipossuficiente. Portanto, presume-se que o Estado, apesar de muitas vezes se abster da efetiva assecuração de direitos, continua na tentativa de tornar a justiça mais acessível aos necessitados.

É correto afirmar que, de fato, a Constituição Federal facilita o acesso à justiça, entretanto, é importante ressaltar que apesar dos avanços e iniciativas implantadas, ainda assim, há obstáculos a serem enfrentados. Haja vista que, na prática o acesso a uma decisão justa continua sendo uma das barreiras entre a sociedade e o Poder Judiciário. Um dos fatores envolvidos na complexidade de alcance a justiça materialmente efetiva está relacionado ao nível escolar e informativo dos indivíduos, fazendo com que a grande maioria da população tenha dificuldades na compreensão e assimilação de normas jurídicas, sendo estas pouco divulgadas, o que, por conseguinte, contribui com a frequente violação de direitos.

Segundo Rodrigues, existem três fatores impeditivos no acesso à justiça, quais sejam:

Em primeiro lugar a falência da educação nacional, o descompromisso dos “meios de comunicação” com a informação, e por fim, a quase inexistência de instituições oficiais encarregadas de prestar assistência jurídica prévia ou extraprocessual, que atuariam informando e educando a população sempre que surgissem dúvidas jurídicas sobre situações concretas. (RODRIGUES, 1994)

No que se refere as ideias apresentadas, a falta de conhecimento acerca dos direitos, por parte da população em geral, faz com que a procura pelo judiciário seja menor, agregue-se a isso, a ineficiência do Estado na disseminação de informações a respeito da garantia de acesso à justiça de forma gratuita, uma vez que, na maioria das vezes, o indivíduo não procura por auxílio jurídico justamente pela falta de recursos financeiros. Outro fator impeditivo consiste na morosidade do sistema judiciário, pois torna-se corriqueiro o fato de pessoas passarem por necessidades à espera do resultado de uma sentença que, na maioria das vezes, demora anos para ser proferida.

Com efeito, o direito fundamental de acesso à justiça é um dos pilares estabelecidos pela Constituição Federal como forma de preservação dos direitos individuais e coletivos. Assim, em uma visão axiológica, a terminologia “acesso à justiça” compreende um conjunto de valores e garantias fundamentais ao indivíduo, que formam o sistema processual no sentido de garantir o acesso a uma decisão justa. De modo que, só se dará efetivamente quando for possível a concretização de uma decisão materialmente justa. Sob a ótica geral, tal princípio deve ser visto como uma ferramenta eficaz na concepção do direito à cidadania. Nas palavras de Watanabe:

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. (WATANABE, 1988)

Vale ressaltar ainda, a existência de outros dois grandes fatores contributivos na ineficácia da aplicação do princípio em análise, quais sejam, o baixo nível econômico da grande maioria populacional e a morosidade judiciária. Sob essa ótica, o indivíduo quando busca o judiciário necessita de atendimento adequado assim como a satisfação de seu direito, contudo a morosidade no sistema acaba contribuindo com a falta de confiança e descrença, some-se a isso o elevado índice de desigualdades socioeconômicas encontradas no Brasil, o que dificulta ainda mais a inclusão social e o direito de acesso à justiça. Diante dessa situação, cabe ao judiciário se reposicionar perante a sociedade para, desta forma, resgatar a crença e credibilidade que se perdeu ao longo dos anos.

4.1 APLICAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Conforme explanado acima, a aplicação da norma garantidora de acesso à justiça na contemporaneidade resta prejudicada devido a diversos fatores, dentre eles, a morosidade do sistema judiciário. É corriqueiro o fato de pessoas passarem por necessidades à espera do resultado de uma sentença que pode durar anos para ser proferida. No meio de todo o complexo de decisões se encontram as pessoas hipossuficientes, que não possuem condições financeiras de arcar com os custos de um profissional para defender seus interesses, o que por vezes, acaba afetando seu direito de acesso ao poder judiciário.

Nesse contexto, o Estado como responsável por disciplinar a vida de todos os indivíduos proporcionando a garantia dos direitos aos cidadãos de forma igualitária e inclusiva, deve estimular meios facilitadores ao acesso à justiça a todos os que necessitem, assim como deve acompanhar as mudanças sociais no sentido de se manter presente diante da mutabilidade social prezando pelo resguardo de direitos individuais e coletivos.

Com os novos moldes trazidos pela modernidade por meio das mudanças sociais, o significado de acesso à justiça torna-se mais amplo e com uma visão menos burocrática e formalista moldando-se em uma estrutura compatível com a realidade, que segundo Cappelletti seja capaz de produzir resultados individual e socialmente justos, ainda nas palavras de Cappelletti e Garth:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos. (CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant, 1988)

Nesse sentido, o Estado se torna o único detentor do poder de dizer o direito, sendo responsável pela resolução de toda demanda social que lhe é submetida. Entretanto, deve-se levar em consideração que a garantia constitucional de acesso à justiça não se resume em uma obrigação atribuída unicamente ao Estado.

De fato, este possui o dever de viabilizar e facilitar tal acesso a população, mas para que esse objetivo seja alcançado faz-se necessária a atuação de outros órgãos como a Defensoria Pública e entidades associadas ou conveniadas ao governo, bem como a implementação de centros de mediação e conciliação de conflitos como forma de garantir um sistema jurídico acessível e compreensível para todas as pessoas com vistas a proteção dos direitos dos grupos sociais mais vulneráveis e marginalizados, que muitas vezes enfrentam dificuldades adicionais para acessar a justiça.

4.2 ACESSO À JUSTIÇA COMO FORMA DE INCLUSÃO SOCIAL

Notadamente, as desigualdades socioeconômicas encontradas no Brasil possuem um índice significativamente alto se comparadas a outros países de terceiro mundo. Conforme exposto, essa questão social se agrava ainda mais quando analisada do ponto de vista jurídico, onde a inclusão social e o direito de acesso à justiça se encontram ainda precários. Para enfrentar essa problemática é preciso pensar no acesso à justiça sob uma visão ampla, objetivando a incorporação de meios alternativos de acesso, para que esse princípio se materialize como uma importante ferramenta na diminuição das desigualdades e uma porta de entrada para participação popular e inclusão social.

Nesse contexto, o Estado como responsável por disciplinar a vida de todos os indivíduos proporcionando a garantia dos direitos a todos os cidadãos de forma igualitária, deve proporcionar meios de facilitação de acesso à justiça a todos estes que necessitam ver seus direitos resguardados, como ensina Wambier:

Se, por um lado, o Estado avoca para si a função tutelar jurisdicional, por outro lado, em matéria de direito subjetivos civis, faculta ao interessado (em sentido amplo) a tarefa de provocar (ou invocar) a atividade estatal que, via de regra, remanesce inerte, inativa, até que aquele que tem a necessidade da tutela estatal quanto a isso se manifeste, pedindo expressamente uma decisão a respeito de sua pretensão (WAMBIER, 2007)

Tal garantia é uma das vertentes Constitucionais criada tendo-se em vista a garantia da preservação de direitos dos cidadãos. Este princípio não se condiciona somente a determinado grupo ou faixa de renda, pois foi estabelecido primordialmente para que todos independentemente da condição financeira socioeconômica tenham a oportunidade de buscar o Judiciário para ver seus direitos e garantias protegidos pelo Estado.

Não é raro nos depararmos com pessoas que não possuem condições de arcar com os custos de suas demandas judiciais e para que estas pessoas sejam devidamente amparadas, está expresso no ordenamento princípios constitucionais que se interligam a garantia de acesso à justiça. O sentido de acesso à justiça pode ser analisado, conforme ensina as autoras Robert e Séguin, da seguinte forma:

Falar em Acesso à Justiça é viver Direito Constitucional, que é a chave-mestra para a porta do mundo do Direito Positivo. É o ramo do direito público que regula a estrutura fundamental do Estado, além de determinar e delimitar as funções dos órgãos do Poder. O direito Constitucional é um sistema e, portanto, compõe-se de princípios e normas (ROBERT; SEGUIN, 2000)

O indivíduo quando busca o Judiciário necessita de atendimento adequado assim como a satisfação de seu direito, contudo o Estado se mostra várias vezes insuficiente e ineficaz no atendimento das demandas que lhe são propostas.

Portanto, em uma análise sob a ótica geral, o acesso ao Judiciário deve ser visto não como algo encoberto de burocracias, e sim, como uma ferramenta eficaz na concepção do direito à cidadania, necessita do reestabelecimento de vínculo perante a sociedade como forma de resgatar a crença e credibilidade que se perdeu ao longo dos anos. Desse modo, a da garantia de acesso ao poder judiciário só se dará efetivamente quando for possível a concretização de uma decisão materialmente justa, e assim, afirmar o exercício da cidadania em sua plenitude.

4.3 SIMBOLISMO CONSTITUCIONAL E INEFICÁCIA NORMATIVA DO ACESSO À JUSTIÇA

Verifica-se que existe influência em relação a função política-simbólica, sendo esta bastante evidente na função legiferante do Estado. O político legislador se utiliza dos mecanismos proporcionados pelo campo político para agir conforme seus próprios interesses atuando da forma que mais lhe convém, avançando juntamente com seus representados aquilo que, efetivamente, será tampouco cumprido.

Desde a antiguidade a política se utiliza de seu Poder Legislativo para imposição de seus próprios interesses. Diante disso, o Direito se torna mais um dos instrumentos para alcance de fins políticos (NADAL, 2006, p. 46). Tem-se por oportuno, a utilização de instrumentos jurídico-simbólicos no campo político, a fim de legitimar o objetivo pretendido, qual seja, a contribuição para “assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) dando reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentaram e contribuindo assim, segundo a expressão de Max Weber, para a ‘domesticação dos dominados’ (BOURDIEU, 1998, p. 11).

Nas palavras de Marcelo Neves:

Observa-se que há um grande número de leis que servem apenas para codificar juridicamente “normas sociais” reconhecidas. Por outro lado, a complexidade do ambiente social dos sistemas jurídico e político é muito acentuada para que a atuação do Estado através de legislação possa ser apresentada como instrumento seguro de controle social (NEVES, 2007)

As questões postas pela sociedade ao poder judicante do Estado exigem um posicionamento favorável aos anseios sociais, a fim de que a legislação possa auxiliar na garantia de direitos tanto individuais como coletivos. No entanto, nos deparamos cada vez mais com normas que não só, são explicitamente ineficazes como também direitos individuais, que levaram décadas a serem conquistados. Daí a interferência instrumental política do Estado frente a aplicação do Direito.

O mesmo acontece com o direito de acesso à justiça, posto como uma garantia constitucional mas que, em verdade, apresenta-se como um direito muitas das vezes ineficaz dado ao fato de não se concretizar materialmente, um exemplo disso pode-se citar o indivíduo que necessita de medicamentos para tratar uma enfermidade, e, em suas diversas lutas contra o Estado na esfera judicial alcança enfim o direito de receber os medicamento do qual necessita, entretanto, o Estado apesar da determinação judicial, continua sendo negligente em relação ao fornecimento de tal medicamento.

Tem-se, neste exemplo, que o direito ao acesso à justiça foi alcançado, a norma garantidora, em tese, cumpriu com seu papel na aplicação do direito, mas em contrapartida, sob a ótica material, a busca pelo fornecimento do referido medicamento fracassou diante da negligência do próprio Estado garantidor da justiça social e responsável pelo bem-estar da coletividade.

Infere-se que os efeitos mais danosos provocados pela função político-simbólica decorrem quando tal fenômeno volta-se a atuação direta no texto constitucional, sem que se observe os aspectos sociais com um todo, tendo em vista que o texto normativo consubstanciado de verdadeiro valor jurídico em uma sociedade constituída à base do Estado de Direito só será plenamente valorado quando estiver em consonância com os níveis de desenvolvimento social e democrático em caráter permanente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, buscou-se analisar as funções sociais do Estado e seu papel na efetiva prestação jurisdicional, bem como abordou alguns aspectos referentes aos direitos e garantias sociais, com vista a garantia de acesso à justiça. No decorrer do estudo fez-se a verificação da efetiva aplicação normativa e os entraves que dificultam sua materialização, dando ênfase na abordagem acerca do simbolismo constitucional e sua influência na inaplicabilidade do texto normativo.

Com o encerramento do estudo foi possível constatar que o acesso à justiça, atualmente, reclama por maior visibilidade e efetiva aplicação devendo-se colocar em prática outras formas de resolução de conflitos como a mediação e conciliação para que estes não se restrinjam somente a decisões pelos tribunais. Enfatize-se a importância de meios alternativos para solução de conflitos, haja vista que acesso à justiça, alcança também o acesso a aconselhamento, mediação, conciliação, consultoria, enfim, justiça social, orientando as partes a alcançarem a resolução de seus conflitos. Cada um desses meios alternativos são portas de acesso à justiça aproximando a comunidade da efetiva justiça e inclusão social.

Tem-se a presunção de que os membros de uma sociedade compactuam para a “escolha” de seus dirigentes e conseqüentemente do direito que prevalecerá sobre as relações sociais, contudo existe um contexto no qual a participação dos indivíduos é quase que inexistente, um campo político-jurídico que se sobressalta aos ditames do Estado democrático de direito, trazendo novas modulações à forma como são projetadas as regras do estatuto social.

De todo modo, o problema da concretização normativo-jurídico é provocado, comumente, pela função político-simbólica a qual está sujeita a norma, porquanto incumbe ao legislador, no papel de representante dos interesses sociais, cuja função é alcançada por meio de um processo político-eleitoral, a elaboração dos dispositivos normativos com vistas ao alcance de interesses que ultrapassem os exíguos campos políticos.

Por oportuno, enfatize-se que existem diversas maneiras de se buscar o aperfeiçoamento da execução das normas nas áreas sociais, levando em conta a aplicabilidade das normas constitucionais, dentre elas, destaca-se o fortalecimento dos órgãos responsáveis pela aplicação das normas constitucionais nas áreas sociais, tais como as defensorias públicas, as quais visam o acesso a justiça de forma equânime.

Ainda, a Realização de campanhas de conscientização e educação sobre os direitos sociais previstos na Constituição Federal, de forma a informar a população sobre seus direitos e incentivar a demanda por serviços públicos de qualidade, assim como o fomento ao diálogo entre os diversos atores envolvidos na aplicação das normas constitucionais nas áreas sociais, como governo, sociedade civil e universidades.

Sob este prisma, e diante do cenário social, pode-se constatar que a legítima definição de Estado Democrático de Direito só será alcançada por meio da politização social condicionada a uma radical revolução estrutural e cultural, uma vez que, por meio da educação e conscientização, os cidadãos poderão atingir o nível de compreensão necessário para conhecimento da atuação política com o fim de proceder à fiscalização adequada do sistema legiferante do Estado. Portanto, tem-se uma sequência de fatores contributivos para tal alcance, quais sejam: a educação (compreensão), politização (atuação) e democracia (concretização constitucional).

A revolução de que precisamos não advirá apenas da declaração dos direitos fundamentais insertos na Constituição e sim da colaboração e participação social como um todo. Sendo imprescindível que os agentes públicos cumpram as determinações do texto constitucional de forma a proporcionar direitos e deveres recíprocos.

Conclui-se que é preciso propiciar a legítima implantação do Estado Democrático de Direito, não obstante as várias barreiras envolvendo o campo político-social que se contrapõe à sua aplicação imediata. De modo que, a “constitucionalização simbólica” seja atenuada, e o antagonismo entre as funções normativas constitucionais e a função política, concorram para uma legítima interação político-jurídica, haja vista que a autonomia operacional do direito ordinariamente recebe influência da função política estatal.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, França e no Brasil.** Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris. 2006. p. 237.
- BARROSO, Luís Roberto. “**O que são direitos sociais?**”. Revista Brasileira de Direito Constitucional. Ed. IBDC, 2008.
- BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Código Civil. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Brasília -DF, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.
- MARQUES, Heitor Romero *et al.* **Metodologia da pesquisa e do trabalho científico.** 4º ed. rev. e atual. – Campo Grande: UCDB, MARQUES, Heitor Romero *et al.* Metodologia da pesquisa e do trabalho científico. 4º ed. rev. e atual. – Campo Grande: UCDB, 2014. 136p.2014. 136p.
- MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas,2006.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- ROBERT, Cinthia e SEGUIN, Elida. **Direitos Humanos acesso à justiça: Um olhar da Defensoria Pública.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 205.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro,** 1994.
- ROMERO, Jr Francisco. **O Direito Fundamental de Acesso à Justiça e Gratuidade Judiciária.** In: Jusbrasil. Disponível em: <https://romeroadvogado.jusbrasil.com.br>. Acesso em julho/2019.
- RUDIO, F. V. **Introdução ao projeto de pesquisa científica.** 18.ed. Petrópolis: Vozes, p. p.72-77. Disponível em: <http://www.marcoarelios.com.br/21RUDIO.pdf>. Acesso em agosto/2019.
- SADEK, MTA. **Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social.** In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009.pp. 170-180. ISBN 978-85-7982-013-7. Available from SciELO Books disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em junho/2019.
- SANTANA, Mariana Carolina Cruz de. **A função do Estado na aplicação do direito Conteúdo Jurídico,** Brasília-DF: 12 out 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45033/a-funcao-do-estado-na-aplicacao-do-direito>. Acesso em: 12 out 2019.
- SADEK, MT, org. **O sistema de justiça** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. 137 p. ISBN: 978-85-7982-039-7. Available from SciELO Books <http://books.scielo.org>. Acesso em agosto/2019.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento.** 9. Ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 37.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade Moderna, in Participação e processo**. São Paulo, Ed. RT, 1988, p.128.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 26/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 24/07/2022
- Avaliação 2: 18/01/2023
- Decisão editorial preliminar: 06/02/2023
- Retorno rodada de correções: 01/05/2023
- Decisão editorial/aprovado: 01/05/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A EMERGÊNCIA DE UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL NA EXEGESE DE UM DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: A NECESSIDADE DE CODIFICAÇÃO

THE EMERGENCY OF A CONSTITUTIONAL PROCEDURE CODE IN THE EXEGESIS OF A CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW: THE NEED FOR A CODIFICATION

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO¹

ADRIANE GARCEL²

KAREN PAIVA HIPPERTT³

RESUMO

O trabalho tem por escopo tratar acerca codificação do Processo Constitucional. A problemática está na real compreensão acerca da disciplina do Processo Constitucional e da necessidade de sua codificação, em um Código de Processo Constitucional brasileiro. A investigação empreendida utiliza o método hipotético dedutivo, combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental. Como conclusão tem-se a necessidade de uma regulação uniforme da disciplina do Processo Constitucional, de modo a sistematizar e conferir robustez a matéria, afastando óbices a realização da justiça constitucional. Além disso, a codificação orientará de forma pedagógica a atividade hermenêutica. Apesar dos seus benefícios, no entanto, o estudo constatou não haver no país nenhum Código de Processo Constitucional, que está em processo de elaboração.

Palavras-chave: Processo Constitucional; Ações Constitucionais; Neoconstitucionalismo; Código de Processo Constitucional.

- 1 Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Programa de Mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Conselho dos Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil. Membro da Acadêmica Paranaense de Letras Jurídicas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.
- 2 Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA/UNIBRASIL. Graduação em Direito e em Letras. Mediadora Judicial e Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>.
- 3 Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3991-8850>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane; HIPPERTT, Karen Paiva. A emergência de um Código de Processo Constitucional na exegese de um direito processual constitucional: a necessidade de codificação. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 56-70, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.8891>.

ABSTRACT

The scope of the work is to deal with the codification of the Constitutional Process. The issue lies in the real understanding of the discipline of the Constitutional Process and the need for its codification in a Brazilian Code of Constitutional Process. The investigation carried out uses the hypothetical deductive method, combined with the precedents of bibliographical and documental research. As a conclusion, there is a need for a uniform regulation of the discipline of the Constitutional Process, in order to systematize and give robustness to the matter, removing obstacles to the realization of constitutional justice. In addition, codification will pedagogically guide the hermeneutic activity. Despite its benefits, however, the study found that there is no Code of Constitutional Procedure in the country, which is in the process of being drawn up.

Keywords: Constitutional Process; Constitutional Actions; Neoconstitutionalism; Code of Constitutional Process.

1. INTRODUÇÃO

A revolução ideológica das constituições, decorrente da crise do Estado de Bem-Estar, marca a substituição do papel quase que figurativo conferido às constituições, para um mais substancial, com inserção de um amplo catálogo de direitos. Com a constitucionalização do direito como um todo, a Constituição se alastra por todos os ramos do direito, marcando o redirecionamento do ordenamento que, uma vez a ela subordinado, deverá ser lido à luz de seus princípios e valores.

Com isso, o modelo do processo se complexifica convergindo a dimensão dúplice, Processual e Constitucional.

Destarte, é no processo que a Constituição, enquanto voz do povo, se estampa, no conteúdo dos princípios e regras processuais constitucionais. Nele, ganha vida a democracia, com materialização de todas as garantias, antes, meramente formalizadas.

Neste segmento, a correspondência entre Processo e Constituição no Estado de Direito mostra-se inevitável, porquanto aquele se tratar de instrumento de realização da justiça e dos valores Constitucionais.

As inúmeras passagens de natureza processual na Constituição Cidadã, com procedimentos constitucionais diversos, Ação Civil Pública, Ação Popular, *Habeas Corpus*, *Habeas*, Mandado de Segurança individual e coletivo, Mandado de Injunção Seção e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, enquanto instrumentos de efetivação dos anseios do Estado de Direito, além do extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais nela inseridos, reforçam ainda mais a inevitável imbricação entre Processo e Constituição.

Neste sentido, passa-se a contar com um novo ramo autônomo da ciência jurídica, o Processo Constitucional, voltado à atuação da jurisdição Constitucional.

Diante disto, o presente estudo busca compreender o contexto do Processo Constitucional, sua real importância e a necessidade de uma codificação no Brasil.

A investigação empreendida utiliza o método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa, para produzir informações aprofundadas. Quanto à natureza, trata-se de uma pesquisa aplicada, pois objetiva gerar conhecimentos para a aplicação prática. Quando ao

procedimento, é uma pesquisa bibliográfica, mediante a revisão de obras e artigos científicos, bem como documental, devido à revisão de textos legislativos.

A exposição, por seu turno, se desenvolverá em dois capítulos, para além da introdução e conclusão. Investigar-se-á, primeiramente, a questão do Direito Processual Constitucional e os direitos fundamentais; na sequência, tratando da importância da disciplina do Processo Constitucional; por fim, adentrando-se na problemática objeto de investigação do presente estudo acerca da necessidade de uma codificação.

2. DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme esclarece DONIZETTI (2020, p. 23), “a doutrina atual costuma dizer que o processo civil “constitucionalizou-se”. Mas, no Brasil, isso sucedeu no direito como um todo, estendendo-se para todos os ramos, Direito Civil Constitucional, Direito Penal Constitucional e tantos outros (NUNES; BAHIA, 2009).

Em um primeiro momento, no âmbito do Direito Processual Civil, a mudança de paradigma se deu ao final do século XIX quando se autonomizou e, na sequência, transitou do período instrumental ao neoprocessualismo, amoldando-se a uma “perspectiva constitucional” (NUNES, 2009).

Neste segmento, com o fenômeno da constitucionalização do Processo Civil, e do direito como um todo, o processo, composto pelos seus institutos fundamentais, assim como aconteceu com todos os ramos do direito, passa a ser lido à luz da Constituição – ordem fundamental que é, direciona todo o ordenamento a ela subordinado, à luz de seus princípios e valores.

No modelo constitucional, não há mais espaço para um processo senão complexo, com confluência, para uma perspectiva dúplice, processual e constitucional.

Isso se evidencia em grande parte com a redação conferida a própria Constituição que contempla disposições, até mesmo específicas, relativas a outros tantos ramos do Direito, extrapolando as que ordinariamente seriam tratadas neste tipo de legislação. Como também, ante a adoção de extenso rol de garantias e direitos fundamentais, com consagração de “inúmeros (...) especificamente processuais, confirmando a tendência à constitucionalização do processo (NUNES, 2009) ”.

A dissolução das barreiras antes existentes face ao processo, também se reflete na legislação processual civil, com adoção, já de início, no art. 1º, de um amplo rol de princípios constitucionais como espécie de “Linha mestra de construção” do “sistema processual civil brasileiro”(WAMBIER, 2016, p. 13), para que que “seja na dinâmica do seu desenvolvimento, seja na sua operacionalização”, respeite “primariamente a constituição, bem como, passo seguinte”, os “preceitos estratificados no corpo do próprio Código à luz daquela compreensão constitucional”(GAJARDONI; DELLORE; ROQUE, 2015. p. 2).

Para SARMENTO (2009, p. 15), a constitucionalização marca a substituição do papel quase que figurativo, com caráter meramente pragmático e previsão de direitos negativos, conferido

às constituições, para um mais substancial, com inserção de um amplo catálogo de direitos que exigem do Estado atuação positiva, “espraiando seu alcance por sobre todas as áreas do Direito”.

Com a crise do Estado de Bem-Estar e os horrores que marcaram os regimes de exceção, tornou-se inevitável a revolução ideológica das constituições, exigindo-se mais da Administração Pública.

Conforme explana DANTAS (2010), “[...] a meta central das constituições modernas pode ser resumida na promoção do bem-estar do ser humano, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de exercício de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção aos direitos individuais, sua efetivação”.

Com isso, a interpretação e a própria disciplina do processo sofreram alterações, esse se transfigurando em duas disciplinas, “Direito Processual Constitucional” (DPC) e “Direito Constitucional processual”⁴. Aquele, voltado a chamada “justiça constitucional”, com ponto de partida nos estudos de Kelsen, direcionados para a efetividade da Constituição com o processo; e esse, para a “constitucionalização da justiça”, com regulação constitucional das instituições, tendo, neste caso, Fix-Zamudio como seu teórico principal (NUNES, 2009).

Para Schonardie (2013), a disciplina do Processo Constitucional estuda os mecanismos para efetivação dos anseios constitucionais, abrangendo, de um lado, “a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro, a jurisdição constitucional”.

Destarte, trata-se de âmbito protecionista e garantista, com metodologia voltada a concretização e tutela das garantias Constitucionais fundamentais. Referindo-se, em síntese, ao Processo Constitucional *stricto sensu*, composto pelas ações que viabilizam o exercício do controle de constitucionalidade, bem como os remédios constitucionais, voltados a defesa das liberdades e direitos individuais. Por isso, no Brasil, ser equivocado associar a terminologia “justiça constitucional” enquanto sinônimo de “Controle de Constitucionalidade”, já que possível o controle abstrato pelos juízes ordinários.⁵ Nestes termos:

Considerando que o Direito Processual é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a aplicação, ao caso concreto, das normas de Direito material, pode-se afirmar que o processo tem uma finalidade instrumental, garantista e sociopolítica, na medida em que os institutos de Direito Processual Constitucional podem atingir sua finalidade, que é investigar a verdade e distribuir justiça (Siqueira Júnior, 2011). Dessa forma, o processo constitucional assegura a vontade da Constituição e consagra o bem comum do Estado Democrático e Social de Direito (BARACHO, 2008, p. 45)

Ato contínuo, para Fix-Zamudio (2006, p. 131 – 192) três são os pilares que compõe o DPC, jurisdição constitucional da liberdade, englobando os instrumentos nacionais e internacionais voltados a tutela dos direitos humanos; jurisdição constitucional orgânica, “destinada à proteção direta das disposições e princípios constitucionais que consagram as atribuições dos diversos órgãos do poder, quadrante em que se encontra o controle judicial de constitu-

4 OLIVEIRA e BAHIA discordam da separação em duas disciplinas, já que à luz da constitucionalização do direito, todo o Direito Processual é, necessariamente, constitucional, ao passo dele se originar. Além do mais, a “questão constitucional” está sempre presente no processo brasileiro, refletido no meio ordinário de controle de constitucionalidade, que é o difuso. – (CATTONI DE OLIVEIRA; BAHIA, 2005, p. 10).

5 O uso da terminologia “Jurisdição Constitucional” referindo-se com exclusividade ao controle de constitucionalidade das leis apenas se mostra adequado nos países que não realizam controle político e abstrato de constitucionalidade, posto referir-se apenas aos Tribunais Constitucionais. – (FIX ZAMUDIO, Héctor. *Venticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional – 1940-1965*. México: UNAM, 1968. p. 207).

cionalidade”; e jurisdição constitucional transnacional, “que enfoca as relações e os conflitos entre a aplicação das disposições constitucionais e as que pretendem ao campo transnacional, sendo que algumas destas últimas conformam parte do ordenamento jurídico interno em forma direta ou por meio de mecanismos de incorporação”.

Diferentemente, o Direito Constitucional Processual, consiste no próprio rol de princípios e garantias processuais fundamentais, constitucionalmente previstos. É o caso das garantias constitucionais do processo.

Inobstante, certo é que, um ou outro, a tendência é por um modelo constitucional de processo, em uma estrutura piramidal, com a Constituição no topo, permeando todo o ordenamento jurídico.

Malgrado, ao dar concretude aos valores erigidos pela sociedade e dispostos na Constituição, é na jurisdição, enquanto “jurisconstrução”⁶, que os efeitos da constitucionalização se acentuam, adquirindo feição constitucional, voltada à salvaguarda da ordem jurídica e social (CÂMARA, 2020, p. 31).

Conforme adverte SCHONARDIE (2013), “a jurisdição realiza-se por meio de um processo judicial e encontra seu limite tanto na legitimidade quanto na competência”.

Neste segmento, ao consagrar o Estado de Direito, regido por normas democráticas, orientadas a proteção dos direitos e garantias fundamentais, o artigo 1º da Constituição Federal dá destaque ao princípio democrático (MORAES, 2018, p. 4) que, em conjunto com o artigo 14, trata da autoridade atribuída ao governo pelo povo, estabelecendo limites ao exercício de cada um dos três poderes (SCHONARDIE, 2013).

O estabelecimento de limites e sujeições assegura não só os direitos e garantias fundamentais face violações promovidas pelo Estado como também impede o estabelecimento de regimes de exceção. São justamente os imperativos, negativos e positivos, que fundamentam a legitimação, ou não, do poder, conferindo soberania ao povo e robustecendo o Estado de Direito (SCHONARDIE, 2013).

Tendo-se como impensável, no Constitucionalismo Contemporâneo, se perder de vista o regime democrático e realização dos direitos fundamentais, cabe ao “Judiciário uma espécie de salvaguarda para eventuais rupturas (SCHONARDIE, 2013)”, atuando, em sobressalência, na ausência dos demais poderes políticos, quando inoperantes. Daí o expressivo aumento da sua participação nas esferas políticas nas últimas décadas, com a crise da justiça como reflexo inevitável.

Para NUNES (2009), a ênfase no Judiciário liga-se a uma mudança de concepção “quanto ao seu papel: “de mera *bouche de la loi* (...) para agente “catalisador” de políticas públicas”. A partir do momento em que Legislativo e Executivo mostram-se inoperantes, a jurisdição

6 Utilizado por CÂMARA para conceituar a Jurisdição. A terminologia representa contraponto a conceituação oitocentista que vislumbra a jurisdição como a função estatal de atuação da vontade da lei. Refere-se ao instituto fundamental como função conferida ao Estado de solucionar, de forma juridicamente correta e legítima, as causas a ele submetidas, por meio do processo. Isto é, a jurisdição como “jurisconstrução”, que tem como resultado, não uma solução indiferente, mas, dentre as diversas opções existentes, uma resposta que seja “correta, uma decisão constitucionalmente legítima, e só ela pode ser a proferida em cada caso concreto”. Quando do exercício de seu poder-dever, que é a jurisdição, deve o Judiciário “identificar, através de um processo de que participam, cooperativamente, todos os interessados, a solução correta da causa que lhe foi apresentada. E dar ao processo essa solução correta. Este resultado juridicamente correto, constitucionalmente legítimo, do processo, é o resultado da atividade jurisdicional”. – (CÂMARA, Alexandre Freitas O novo processo civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 31).

desponta “como a grande caixa de ressonância dos anseios por “concretização” de direitos (e cumprimento das promessas previstas constitucionalmente)”.

Neste cenário, a Justiça Constitucional, nos moldes do que sublinha MOREIRA (1993, p. 177), é elemento obrigatório que legitima e da credibilidade ao regime democrático. Junto dela, a jurisdição sob o manto da Constituição é inerente a própria definição do Estado de Direito, uma vez tratar-se de condição à viabilidade do modelo, assegurando a realização dos direitos fundamentais.

3. A IMPORTÂNCIA DE UM PROCESSO CONSTITUCIONAL

A correspondência entre Processo e Constituição é secular e remonta aos clássicos estudos da Teoria Pura do Direito de Kelsen (1984).

Para Mac-Gregor (2008, p. 64), foi com o surgimento Tribunais Constitucionais, sobretudo, com Corte Constitucional austríaca e publicação da obra de Hans Kelsen que a ciência do Direito Processual Constitucional ganhou destaque.

No âmbito internacional, sublinha FUX (2013, p. 4), evidenciam-se inúmeras passagens de natureza Processual nas Constituições, a título de exemplo:

O panorama mundial não é diferente, por isso que *ad exemplum* poder-se-ia mencionar a emenda da Constituição americana de 1791, que consagrou o *Due Process of Law*; a Constituição mexicana de 1917, instituidora do denominado *juicio de amparo*, que é a fonte imediata do nosso Mandado de Segurança; a Constituição italiana prevê o dever de motivar as decisões; na Lei Fundamental Alemã, como é conhecida a carta germânica inspirada em Friedrich Muller, é também extensiva ao Poder Judiciário a máxima de que “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”; a Constituição portuguesa, adotando uma linha de vanguarda, alinha como garantia precedente ao acesso à justiça o denominado “direito de informação” na justa percepção de que quem não sabe os direitos que ostenta não pode exercê-los em juízo; a Carta da Costa Rica reclama como garantia do jurisdicionado uma Justiça pronta e plena, tal como a atual brasileira quando alude à duração razoável dos processos; a Constituição espanhola preconiza um processo oral etc.

Do mesmo modo, no Brasil, a concepção de que a validade das regras de direito material e processual tem por âmago a Constituição Federal impactou todas as constituições brasileiras após o seu surgimento.

Neste segmento, se a partir da Carta Imperial às Constituições introduziram-se diversas passagens de natureza processual – cabimento do *Habeas Corpus* e da ação popular, a garantia processual do Tribunal do Júri, na Constituição da República, do Mandado de Segurança e todas as garantias decorrentes do devido processo legal, nas Constituições de 1934 e 1946, respectivamente – daí para frente, nas que se seguiram, cada vez mais, foram se ampliando, minudenciadas as medidas, remédios e garantias processuais.

Para fins meramente ilustrativos, atualmente, passou-se a ter, o mandado de segurança individual, coletivo, *habeas corpus*, *habeas data*, concessão de liminares, princípio da inafastabilidade da jurisdição, independência e harmonia entre os poderes, efetividade, isonomia, imparcialidade do juiz, duração razoável do processo, devido processo legal, ampla defesa,

contraditório, juiz natural, licitude das provas, persuasão racional, motivação das decisões razoabilidade, boa-fé, dentre muitos outros, que juntos compreendem instrumentos essenciais à efetivação dos anseios do Estado de Direito.

A Constituição Cidadã, em especial, é tida como uma das que possui o maior catálogo de direitos e garantias, que servem como fonte hermenêutica a partir da qual todo o ordenamento deverá ser compreendido, diante das situações concretas que se colocam.

Contemporaneamente, em posição central, a Constituição irradia suas premissas metodológicas inafastáveis, com inserção de regras e princípios nos mais diversos ramos do direito, prevalecendo na atividade hermenêutica quando da aplicação da legislação infraconstitucional.⁷

Diante disto, se a jurisdição é “função voltada para o povo”, o processo é espécie de ferramenta a serviço da realização da justiça material, contribuindo para a materialização dos objetivos visados pela Democracia.

É no processo que a Constituição, na qualidade de voz do povo, se estampa, no conteúdo dos princípios e regras processuais constitucionais. Nele, ganha vida a democracia, com materialização de todas as garantias, antes, meramente formalizadas, “transmutando-se em instrumento por meio do qual” realiza-se a justiça, com proteção das minorias populares, equidade e liberdade (FUX, 2013, p. 11). Nestes termos, Luiz Fux (2013, p. 12):

É cediço que na luta entre o forte e o fraco é a justiça que liberta. E assim o é no exercício do direito de agir em juízo, porquanto a propositura de uma ação que deflagra o processo de surgimento de uma resposta judicial gera a liberdade sob o pálio da autoridade da justiça. O *Habeas Corpus* e o Mandado de Segurança, acompanhados pela possibilidade de concessão de liminares, representam instrumental imprescindível para a efetivação da garantia da liberdade. Relevante aspecto contemporâneo da simbiose entre o processo e a democracia reside na própria prestação da justiça em si. É que a festejada exacerbação da consciência cívica conduz o povo a aferir a legitimação democrática da própria essência da resposta judicial. O Poder Judiciário deve decidir, sempre que possível, consoante as vozes sociais, conferindo, assim, legitimação democrática às suas decisões, notadamente nos processos objetivos nos quais são debatidas e resolvidas questões atinentes aos valores de uma sociedade, como, por exemplo, a descriminalização do aborto de feto anencefálico e a marcha da maconha. O ponto deve ser compreendido à luz da cláusula *mater* da democracia, no sentido de que “todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido.

Considerando, ainda, a cláusula *mater* da democracia de que “ todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido” (FUX, 2013, p. 12), a relação entre processo e democracia destaca-se na entrega da prestação jurisdicional quando da possibilidade de interlocução das vozes sociais. A devida participação popular legitima o caráter democrático das decisões.

Tem-se, neste sentido, o papel das ações coletivas e a figura do amigo da corte, bem como dos mecanismos externos de controle pelo CNJ.

7 É a partir deste fenômeno que [...] a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrado. – (BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRJ*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan.-jun. 2012.

Para além, à Constituição de 1998 instrumentos outros de controle foram incorporados, Ações Constitucionais, Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e Mandado de Injunção, correspondendo aos mais importantes instrumentos de defesa da Constituição.

Neste segmento, diante das inúmeras ações constitucionais existentes, regras e princípios processuais, passou a “se cogita, na atualidade, um novo ramo da ciência jurídica, qual seja, o Direito Processual Constitucional (BARROSO, 2012, p. 6) ”.

Conforme conceitua ABBOUD (2020), tanto o Processo Constitucional como o Direito Constitucional Processual compõem a chamada justiça constitucional, que corresponde a “forma e instrumento de garantia para a atuação da Constituição”.

Inobstante, conforme explicado no tópico antecedente, o Processo Constitucional é subsistema processual voltado à defesa e implementação dos valores, princípios e normas fundamentais, englobando “às ações, institutos e elementos relacionados à proteção dos direitos humanos fundamentais e à promoção e defesa da Constituição em âmbito normativo (...)”, tais como, “(...) *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, ação direta interventiva (federativa), e as ações diretas de controle abstrato da constitucionalidade das leis (atualmente são quatro)” (BELAUNDE; TAVARES, 2010).

Trata-se do procedimento democrático que assegura a manutenção da própria democracia, por meio da defesa da Constituição e leis estabelecidas democraticamente. (FERRER MACGREGOR, 2008, p. 49).

Conquanto, apesar da importância da disciplina autônoma para a promoção dos direitos humanos fundamentais, ainda não há uma adequada sistematização da legislação que trata da matéria de forma dispersa – uma barreira ao seu adequado funcionamento.

Neste sentido, a sistemática de um Código de Processo Constitucional iria impactar positivamente e de forma prática toda a sociedade, conferindo tratamento adequado, “com maior intensidade e clareza de seu sentido real, colocando o Direito (enquanto ordem jurídica estatal) a serviço dos direitos humanos (ordem jurídica da sociedade)”, consoante destacam BELAUNDE e TAVARES (2010).

O Processo Constitucional se destaca à medida que se coloca a serviço da manutenção dos pilares do Estado Democrático de Direito, assegura os direitos humanos e fundamentais. Isso porque, “é na jurisdição constitucional, seja por meio de processos subjetivos ou de controle concentrado de constitucionalidade que os direitos fundamentais são resguardados em última instância (ABBOUD, 2020) ”.

Sua codificação busca agrupar e sistematizar as regras esparsas, de modo a alcançar “uma unidade com o restante do ordenamento jurídico e critérios gerais de interpretação”, “importantes de serem observados na realização (judicial) dos direitos humanos fundamentais” (ABBOUD, 2020).

Destarte, a regulação uniforme de um autêntico Processo Constitucional é importante passo para afastar eventuais óbices formais à consecução do direito material, além de legitimar os direitos humanos e fundamentais, também orientando de forma pedagógica a atividade hermenêutica através de uma ordem geral principiológica.

4. POR UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Conforme ressalta SALDANHA (1987, p. 39) “os Códigos sempre surgem na desembocadura de uma crise”.

A edição de um Código de Processo Constitucional no Brasil é iniciativa urgente em se considerado o momento de crise sem precedentes que se insurge, econômica, política, moral e social, e que vem desafiando a estabilidade do Estado de Direito (BRASIL, 2015).

Seria ele relevante, já que conferiria, em um cenário tão complexo, uma regulamentação mais uniforme e sistemática da disciplina do Processo Constitucional, com maior segurança jurídica e eficiência.

A passagem mencionada, dita de forma similar em outro contexto, ainda em 2015, extraída do relatório do anteprojeto destinado a estruturação de um Código de Processo Constitucional, de iniciativa do professor Paulo Lobo, ainda se faz atual. A história, às vezes cíclica, impinge o direito a avançar conforme os eventos se sucedem.

Remontando ao século XIX, as primitivas codificações, posteriores à queda do *ancien régime*, inspiravam-se no Código Napoleônico e na filosofia racionalista de Kant. Nestes termos, NETTO (2012):

No iluminismo racionalista que influenciou o Estado liberal, a norma estava desconectada de uma indagação de sua justiça intrínseca. O dogma da completude da lei não admitia a existência de lacunas como forma de evitar a distorção do espírito legal.

Seguindo o caminho da corrente do positivismo, sobressaltavam-se os princípios cardeais da legalidade e legitimidade, com anexação deste naquele, como axioma basilar do ordenamento.

A valer, a inserção da legalidade representava reação da burguesia revolucionária a concepção monárquica de Estado. As revoluções burguesas viam nela espécie de limitação ao poder soberano. No entanto, o modelo napoleônico alienava-se completamente da realidade social. Preso a exegese formal, sob o manto da lógica subsunção do silogismo, acentuou o descompasso entre a lei e a realidade. (NETTO, 2012).

A crença que se tinha era na chamada razão pura e no dogma da completude da lei, de tal modo que a jurisdição compreendia a aplicação simplória da lei pelo juiz, concretizando-se apenas com a proteção dos direitos consagrados em lei quando violados. (NETTO, 2013, p. 69-90).

Neste cenário, as regras ascendiam, fática e valorativamente, aos princípios e qualquer atividade hermenêutica no sentido de criar direitos era impedida. (NETTO; CARDOSO, 2013, p. 69-90)

Com efeito, os Códigos ocupavam posição central, com desvalorização das Constituições, hierarquicamente inferiores, vistas apenas como cartas programáticas. Por isso, se diz que, em “(...) geral, a morada segura e ostentosa do jurídico não era então a Constituição, mas o Código”, valendo mais “(...) uma regra de direito positivo que um princípio de direito natural”. (BRASIL, 2015).

No século XX, com o declínio do liberalismo, os valores revolucionários da liberdade, igualdade e fraternidade perdem força. Somado a isso, tão logo produzidos, os Códigos já começavam a se desfigurar e desatualizar.

Quando o positivismo mostra suas fraquezas, dá-se início ao processo de substituição da devoção ao legalismo puro e simples pelo humanismo social, com o progressivo reconhecimento dos valores.

Destarte, os “ (...) códigos desse individualismo decadente se tornaram com a evolução social, segundo visão crítica da história, a rubrica jurídica da imobilidade, do “status quo”, às vezes até do atraso, da frieza, da estagnação das leis (BRASIL, 2015).”

Superada a primeira fase de codificação do Estado Moderno, sob o manto da teoria material, axiológica e principiológica, da Constituição e do Direito, funda-se uma nova hermenêutica, com a elaboração, pelos publicistas da Democracia, dos Códigos contemporâneos e renovação dos antigos.

A reforma engendrada pela influência publicista jurídica renovadora sucedeu o reconhecimento da normatividade da Constituição, dos seus valores e princípios, os deslocando ao ápice da esfera valorativa, de sorte que passaram a irradiar-se por todo o ordenamento jurídico. (NETTO; CARDOSO, 2013, p. 69-90).⁸

Com o “o reconhecimento da força normativa da Constituição, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional e, especialmente, a franca expansão da jurisdição constitucional”, dá-se início a um novo paradigma” que abre espaço para “a reinserção da compreensão da realidade concreta e dos valores morais, antes alijados do estudo do Direito e do processo” (NETTO; CARDOSO, 2014).

Neste segmento, extraem-se dois momentos axiológicos, marcos do desenvolvimento do direito natural. O primeiro, com o positivismo e a legalidade em destaque, que “gerou a codificação e o direito escrito”, posteriormente, denominado Filosofia do Direito. O segundo, no século XXI, quando se torna fonte da contemporânea legitimidade, fundada em uma ordem de valores alicerçada no bloco principiológico, premissa de todo o ordenamento jurídico, rompida a clássica legalidade do positivismo. Daí o axioma apresentado, ainda em 2015, pelos redatores do anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Constitucional: “o direito natural promulgou a Constituição e o direito positivo códigos”.

Ainda hoje, é impensável, sob o manto do neoconstitucionalismo e à luz das inúmeras gerações de direitos fundamentais, que não cansam de surgir, a alma Constitucional, ou espírito da Constituição ⁹, senão inserido nos Códigos, iluminando todo o ordenamento, a atividade

8 “Com a mudança de paradigma do Estado Legislativo (Liberal) para o Estado Constitucional, a lei pede a sua primazia na ordem jurídica, dando lugar à Constituição, que, nesse contexto, ganha atributos que lhe conferem maior imperatividade”. (...)Assim, questionada a perfeição e legitimidade da lei, há o gradual abandono da perspectiva liberal e positivista, em que a validade da lei se sustentava na sua perfeição formal, e uma conseqüente retomada (ou busca) pelo conteúdo substancial das leis, estampados nas constituições. Neste contexto, o positivismo perde espaço, uma vez que a lei, subordinada aos princípios constitucionais e de justiça, deixa de ser objeto científico. A legitimidade do sistema se vê deslocada da supremacia da lei e sua interpretação positivista à possibilidade de concretização dos valores constitucionais, com hermenêutica diferenciada. – (NETTO, José Laurindo de Souza; CARDOSO, Cassiana Rufato. A Jurisdição Constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos Direitos Humanos. *Revista da Escola da Magistratura do Paraná. Ed. Especial Comemorativa de 30 anos. Curitiba: LedZe*, p. 69 - 90, 2013).

9 Para QUINTANA, a “ (...) alma ou espírito da Constituição está conformado pelo complexo, integral e orgânico, dos valores essenciais filosóficos, morais, históricos, sociais, jurídicos, econômicos, etc., assim como dos ideais, finalidades, propósitos e, em geral, condições que inspiram, amimam e fundamentam a totalidade ou parte qualquer do texto do corpo da Constituição, enquanto lei funcional, fundamental e suprema do país” – (QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de Interpretación*

legislativa e hermenêutica; os princípios, senão dotados de juridicidade, prevalecendo sobre a legislação ordinária.

Na segunda fase de codificação, as Constituições já nascem repletas de princípios e valores, com reflexos que transcendem a atividade normativa e hermenêutica, por isso ser inconcebível o contrário.

BONAVIDES e SARAIVA (2010) retratam bem o estado da arte apontando ser comum, no período que vai do império a República, uma certa prudência e cautela em instituir códigos, com um afã, contrario senso, em realizar diversas emendas às Constituições.

Inobstante, o cenário atual é outro. Em vias de crise, há a exigência pelo desenvolvimento de uma legislação codificada avançada, aperfeiçoada, apta a salvaguardar efetivamente as garantias processuais constitucionais e auxiliar a atividade do intérprete.

Em tempos tão complexos, em que o Processo Constitucional adquiriu relevância tamanha¹⁰, a entrega adequada – precisa, próspera, diligente e equilibrada – da prestação jurisdicional exige que à disposição do juiz constitucional existam técnicas, formas, ações e meios instrumentais processuais correspondentes. Daí a relevância da codificação de um Processo Constitucional, que em harmonia com as realizações contemporâneas, englobe toda a sistemática constitucional em um todo robusto, unitário e coordenado.

Com efeito, a unidade processual ainda inexistente. As leis inter-relacionando Processo e Constituição, ações constitucionais de defesa de direitos e de controle de constitucionalidade, encontram-se espalhadas em diversas legislações pelo ordenamento, gerando insegurança jurídica.

A codificação, por seu turno, é necessária, já que apta a sistematizar as garantias processuais, tornando bem-sucedido o mister por de trás da redemocratização de 1988.

Apesar de emergente, ainda não se tem, no Brasil um Código de Processo Constitucional vigente.

Como mencionado, em 2015, Paulo Bonavides, deu o primeiro passo no sentido de propor uma iniciativa de codificação do Processo Constitucional Brasileiro, apresentando ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil um anteprojeto composto por 167 artigos.

A proposta, que remonta ao artigo “Proposta: Código de Processo Constitucional”, escrito pelos professores Paulo Bonavies e Paulo Lobo Saraiva, ainda no ano de 2010, foi encaminhada pelo então presidente do Conselho Federal, Marcos Vinicius Furtado, a Comissão Nacional de Estudos Constitucionais.

Na publicação, os autores consignaram, “o Brasil precisa de um Código de Processo Constitucional” que “contribuirá para tornar a Constituição cada vez mais efetiva na confluência:

Constitucional. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 289). Trata-se, nos dizeres de PIERANDREI, do núcleo fundante, central da Constituição, os chamados preceitos constitucionais fundamentais. – (PIERANDREI, Franco. *L'Interpretazione della Costituzione*. Milano, 1952. p. 496). Melhor dizendo, conforme esclarece TAVARES, “(...) representa a conotação daquilo sem o que não há nem como identificar uma Constituição. São preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional. – (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 230).

10 “Com efeito, partimos da averiguação de que o processo constitucional auferiu hoje no ordenamento jurídico nacional crescente relevância por haver alcançado já segmentos de larga faixa da sociedade. Alguns julgados do STF despertam a atenção de distintas camadas sociais, de tal sorte que demandam uma compreensão mais acurada das ações de controle julgadas perante aquela corte, bem como outras de defesa e garantia dos direitos fundamentais decididas em diversas instâncias judiciárias”. – (BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lobo. Proposta: Código de Processo Constitucional. **1.folha.uol.com.br**, São Paulo, 10 jan. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1001201009.htm>. Acesso em: 1 jul. 2021).

norma, jurisdição e processo.”. Destacaram, ainda, tratar-se de uma inovação já vista no Peru, Costa Rica e Bolívia.

Em relatório, a comissão também constatou pela necessidade da edição do Código de Processo Constitucional, apontando para o artigo e destacando a seguinte passagem:

Alguns julgamentos do STF despertam a atenção de distintas camadas sociais, de tal sorte que demandam uma compreensão mais acurada das ações de controle julgadas perante aquela corte, bem como outras de defesa e garantia dos direitos fundamentais decididas em diversas instâncias judiciárias. As leis que dispõem sobre esse processo infraconstitucionais- estão porém esparsas, privadas de unidade processual, o que em rigor não se compadece com a majestade e importância do órgão supremo que as julga. Impõe-se, pois, a elaboração do Código de Processo Constitucional, a exemplo do que ocorreu no Peru.

O Código de Processo Constitucional surgirá, de conseguinte, nessa segunda fase da codificação, como espelho e repositório duma legislação mais apta que a do passado em fazer efetivas as garantias processuais da Constituição. De tal sorte que suas formas, suas técnicas, seu campo de ação processual hão de ser úteis ao juiz constitucional quando este levar a efeito com mais ponderação e equilíbrio a prestação jurisdicional do direito codificado. Vamos elaborar, por conseqüência, um projeto de Código com nossos sentimentos voltados para a segurança jurídica do Estado de Direito.

Este Código de que o País tanto necessita corresponde à época constitucional das Cartas abertas, do pluralismo, das cidadanias participantes, que consolidaram o regime: a cidadania política e a cidadania social

Ao final, manifestou-se positiva quanto a colaboração para promulgação do código que se voltaria a concretização constitucional. Contudo, ao fim e ao cabo, a Ordem dos Advogados do Brasil não levou a efeito a legislação.

Conforme destaca Cleverton Cremonese de Souza (2022, p. 39), muito provavelmente, foi o período de turbulência vivenciado no país a causa do engavetamento, uma vez ter obstaculizado a ampla discussão do projeto na seara parlamentar.

Por fim, ainda hoje, reconhecida a necessidade de se ter um Código de Processo Constitucional Brasileiro, tenta se levar a feito o mister.

Mais recentemente, no ano e 2020, a Câmara dos Deputados criou comissão de juristas para elaborar um anteprojeto de legislação, consolidando e sistematizando, as normas de processo constitucional vigentes Até o momento, nenhum anteprojeto foi apresentado, com os estudos ainda em andamento.

Malgrado, se é da crise que surgem os Códigos, conforme dito no início do capítulo (SALDANHA, 1987, p. 39), é de se acreditar, ainda, na elaboração de um Código de Processo Constitucional no país que venha a se fazer vigente. Sobretudo, que tenha por base salvaguarda da Constituição, do Estado de Direito, segurança jurídica e liberdade.

Ao se considerar a comissão de juristas anunciada pela Câmara dos Deputados, da qual faz parte uma geração de juristas formados à luz do espírito da Constituição, é de se constatar que um Código Processual Constitucional substancial está por emergir.

5. CONCLUSÃO

O Processo Constitucional é novo ramo da ciência jurídica que se coloca a serviço da justiça constitucional.

Em tempos tão complexos, em que a disciplina adquiriu posição de relevo, a entrega precisa, próspera, diligente e equilibrada da prestação jurisdicional exige que à disposição do juiz constitucional existam técnicas, formas, ações e meios instrumentais processuais correspondentes.

No entanto, ainda não há, no Brasil, efetivamente, uma tratativa unitária e robusta da matéria que, conquanto não codificada, encontra-se esparsa em diversas legislações gerando insegurança jurídica.

A regulação uniforme da disciplina em um autêntico Código de Processo Constitucional, robusto, unitário e sistêmico, é primordial para afastar eventuais óbices formais a consecução do direito material, com concretização dos direitos humanos e fundamentais, também, orientando de forma pedagógica a atividade hermenêutica através de uma ordem geral principiológica.

Em 2015, Paulo Bonavides propôs o que seria uma iniciativa inovadora de codificação apresentando anteprojeto composto por 167 artigos ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. No entanto, a turbulência política da época acabou ecoando sobre os debates e o projeto não seguiu adiante.

Mesmo à época, os autores já reconheciam que a codificação do Processo Constitucional contribuiria para a crescente efetividade da constituição “[...] na confluência: norma, jurisdição e processo” (BRASIL, 2015).

A emergência na disciplina da questão, anos mais tarde, veio à tona, quando a Câmara dos Deputados, em 2020, criou uma comissão de juristas visando a elaboração de um anteprojeto para o que viria a ser o Código de Processo Constitucional brasileiro.

Apesar das iniciativas, no entanto, ainda não se tem notícia de nenhum Código relativo à matéria no Brasil. Contudo, é de se crer, à luz dos nomes que compõe a comissão, que o Brasil terá, em breve, um Código de Processo Constitucional, o qual se espera seja substancial.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. ISBN 978-65-5614-025-4. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111488027/v4/page/II>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como Superego da Sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, v. 30. p. 10 - 12, jul. /set. 2005.

BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lobo. *Proposta: Código de Processo Constitucional*. 1.folha.uol.com.br, São Paulo, 10 jan. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1001201009.htm>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2008.

- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRJ*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan.-jun., 2012.
- BELAUNDE, Domingo García; TAVARES, André Ramos. Por que um Código Processual Constitucional?. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out.-dez. 2010. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2008.
- BRASIL. Câmara dos Deputados Presidência. *Ato do Presidente de 24/11/2020*. Institui Comissão de Juristas destinada a elaborar anteprojeto de legislação que sistematiza as normas de processo constitucional brasileiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/maia-institui-comissao-juristas.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.
- BRASIL. *Código Brasileiro de Processo Constitucional: relatório e as bases doutrinárias*. Conselho Federal da OAB, 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2021.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Breves considerações sobre o direito processual constitucional. *Revista CEJ*, 2010.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020. E-book. ISBN 978-85-97-02460-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024616/epubcfi/6/44%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dpt1ch02%5D/4/46%5Bsec1-2%5D/2%400:0>. Acesso em: 27 mai. 2021.
- FERRER MACGREGOR, Eduardo. *Derecho procesal constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional – 1940-1965*. México: UNAM, 1968. p. 207.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El derecho procesal constitucional de las entidades federativas en el ordenamiento mexicano. Reflexiones comparativas*. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, n. 10, p. 131-192, 2006.
- FUX, Luiz (coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; JR., Zulmar Duarte de Oliveira. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral*. São Paulo: Forense, 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição Federal Comentada*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MOREIRA, Vital. *Princípio da constitucionalidade*. In: SANTIAGO, Carlos Ortega. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.
- NETTO, José Laurindo de Souza; CARDOSO, Cassiana Rufato. A Jurisdição Constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos Direitos Humanos. *Revista da Escola da Magistratura do Paraná*. Ed. Especial Comemorativa de 30 anos. Curitiba: LedZe, p. 69-90, 2013.
- NETTO, José Laurindo de Souza. A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano, v. 1, 2012.
- NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 4, n. 4, 2009.
- PIERANDREI, Franco. *L'Interpretazione della Costituzione*. Milano, 1952.
- QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- SALDANHA, Nelson. *Pequeno Dicionário da Teoria do Direito e Filosofia Política*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.
- SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: LEITE, George S.; SARLET, Ingo W. Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

SCHONARDIE, Elenise Felzke. *Noções básicas de direito processual constitucional e a proteção dos direitos fundamentais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. *E-book*. ISBN 978-85-419-0062-1. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/1648>.

SOUZA, Cleverton Cremonese de. *Apontamentos sobre a necessidade de um código de processo constitucional (CPCON) para o Brasil*. Revista Gralha Azul Periódico Científico da EJUD/PR, v.1., 11. ed., p. 37 – 39, 2022.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 07/02/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 25/05/2022
- Avaliação 2: 27/05/2022
- Decisão editorial preliminar: 16/06/2022
- Retorno rodada de correções: 23/11/2022
- Decisão editorial/aprovado: 27/11/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

PODER E TÉCNICA NA DIMENSÃO DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

POWER AND TECHNIQUE IN THE DIMENSION
OF CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW

GILBERTO FERREIRA MARCHETTI FILHO¹

MIRIAM FECCHIO CHUEIRI²

RODRIGO BRUNIERI CASTILHO³

RESUMO

A temática da justiça constitucional e o processo constitucional é assunto que recentemente tem se tornado alvo constante de debates na cena jurídica atual. Seja por questões políticas ou administrativas ligado ao direito constitucional, fato é que o campo de discussões quanto à discricionariedade e a limitação da atuação do Poder Judiciário tem recebido atenções relevantes, destacando-se as interferências do Supremo Tribunal Federal no controle das funções dos Poderes (check and balances) e os limites a essa atuação. Dentro desses aspectos, questiona-se, como problematização: qual é efetivamente o papel jurisdição constitucional na proteção da Constituição? Assim, em revisão bibliográfica e da legislação, observando a metódica exploratória descritiva, a pesquisa objetiva, diante do problema proposto, analisar o direito processual constitucional e a justiça constitucional, na proteção da Constituição, bem como o atual cenário do ativismo processual pelo Supremo e quais os parâmetros da justiça constitucional no exercício desse poder.

Palavras-chave: direito processual constitucional; justiça constitucional; discricionariedade; check and balances; intervenção do Poder Judiciário.

ABSTRACT

The issue of constitutional justice and the constitutional process is a subject that has recently become a constant target of debate in the current legal scene. Whether due to political or administrative issues related to constitutional law, the fact is that the field of discussions regarding the discretionary power and the limitation of the Judiciary's actions has received relevant attention, highlighting the interference of the Federal Supreme Court in the control of the powers' functions (check and balances) and the limits to this action. Within these aspects, it is

1 Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Processo Civil e Cidadania pela UNIPAR em 2018. Professor de Direito. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1607900864203620>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-5602-2538>.

2 Graduada em Letras Anglo-Portuguesa com habilitação em Português e Literatura pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Umuarama (1981). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Umuarama (1984). Graduada em Licenciatura nas Disciplinas Profissionais do 2º grau (Hab Dto usual-leg apl) pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Umuarama (1985). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1999). Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Professora Titular da Universidade Paranaense (UNIPAR) no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4658-5414>.

3 Doutorando em Função Social no Direito Constitucional pela FADISP. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Professor. Advogado no Estado do Paraná. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4396-0901>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira; CHUEIRI, Miriam Fecchio; CASTILHO, Rodrigo Brunieri. Poder e técnica na dimensão do direito processual constitucional. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 71-87, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9054>.

questioned, as problematization: what is effectively the role of constitutional jurisdiction in protecting the Constitution? Thus, in a literature and legislation review, observing the exploratory descriptive method, the research aims, in face of the proposed problem, to analyze the constitutional procedural law and constitutional justice in the protection of the Constitution, as well as the current scenario of procedural activism by the Supreme Court and what are the parameters of constitutional justice in the exercise of this power.

Keywords: *constitutional procedural law; constitutional justice; discretion; check and balances; intervention of the Judiciary.*

1. INTRODUÇÃO

A cena jurídica atual tem trazido grandes discussões doutrinárias e científicas sobre a existência de um processo constitucional, inserido numa justiça constitucional, principalmente quando tais debates referenciam-se e circundam a temática política e administrativa, ambas voltadas à discricionariedade e a limitação da atuação do Poder Judiciário.

Esse tema ganha ainda mais importância diante de diversas e atuais situações de interferência do Supremo Tribunal Federal e a sua atuação do campo do processo constitucional.

Trilhando nisso, a ciência epistêmica do direito processual constitucional, como campo de estudo e conhecimento, a coloca como ciência autônoma, separando o do direito constitucional e do direito processual.

Significa dizer que, como ciência autônoma, ainda que esses ramos possam influir como fonte material ou como teoria geral do direito adjetivo, com eles não se confunde, posto que adquirir independência própria.

De outro norte, tem-se o direito processual constitucional se desenvolve tanto como técnica jurídica, como exercício de um Poder de Estado (TAVARES; HERANI, 2021), na sua clássica acepção tripartida de funções, preconizada por Montesquieu (2010) e imbricado no texto constitucional em seu art. 2º. E tanto mostra a dimensão bifronte do processo constitucional, envolvendo a técnica e o poder.

Seguindo essa linha de raciocínio inicial, esta pesquisa traz como problema a seguinte questão: qual é efetivamente o papel jurisdição constitucional na proteção da Constituição, sob o enfoque do direito processual constitucional?

Assim, diante do problema proposto, a pesquisa tem por objetivo analisar o direito processual constitucional, no campo da proteção da constituição e da justiça constitucional, bem como o atual cenário do ativismo processual pelo Supremo Tribunal Federal e quais os parâmetros da justiça constitucional no exercício desse poder, colocando a ideia do Código de Processo Constitucional como técnica de poder.

Para tanto, a metodologia adotada será a exploratória descritiva, por ter como objetivo apresentar uma ideia ou esclarecimento conceitual acerca dos institutos interligados, estabelecendo prioridades para futuras pesquisas, além de procurar obter informações sobre possibilidades práticas no tema propostos dentro da realização das pesquisas (SELLTIZ et. al, 1974, p. 60).

Importante destacar que, para o quanto necessário, pesquisas exploratórias proporcionam a visão geral acerca de determinado fato, realizado especialmente quando se trata de tema pouco explorado e torna-se mais difícil sobre ele formular hipóteses causais precisas e operacionalizáveis (GIL, 1999, p. 43).

Logo, diante do tema e objetivo propostos, tendo por interesse expor a problemática – mas sem a intensão de esgotar o assunto –, observando essa metódica exploratória descritiva, dentro do campo dedutivo, sistêmico e axiológico, utilizou-se a revisão bibliográfica e consulta à legislação brasileira para construção teórica do estudo.

Nesse contudo, pontuar-se-á, em primeiro, questões envolvendo o sistema de proteção das Constituições e da Justiça Constitucional, como processo de poder, bem como a contenção do poder político dentro da procedimentalização do controle interpoderes ou check and balances.

Ao depois, tratar-se-á do controle do processo constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e o ativismo processual, bem assim a possível crise do modelo de representação democrática e a sobre o jogo da sobrevivência política e a chancela da intervenção do poder judiciário no campo de atuação legislativo.

Enfim, o desenvolvimento da pesquisa ingressará no campo da parametrização da Justiça Constitucional e o Código de Processo Constitucional como Técnica de Poder, analisando a necessidade de uma codificação das normas regulatórias do processo constitucional para harmonizar e sistematizá-lo.

2. A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O SISTEMA DE PROTEÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

Antigo, mas sempre atual, é o problema com a questão de quem deve ser a última palavra sobre determinadas controvérsias constitucionais.

Nesse diapasão, o poder dos tribunais para rever a constitucionalidade das leis elaboradas e sancionadas pelos órgãos democráticos é uma característica das democracias constitucionais modernas (GODOY, 2012, p. 134).

A ideia da revisão judicial das leis ganhou contornos pelas ideias traçadas pelo juiz do SCOTUS, John Marshall, no emblemático caso Marbury X Madison. Foi a partir desse ponto que ao papel conferido ao Poder Judiciário para essa atuação pairam ainda controversas, posto que essa prestação nitidamente é contramajoritária.

Bickel explica que esse papel da revisão judicial não quer dizer superioridade do judiciário sobre o legislativo, uma vez ele representa um controle da minoria não representativa sobre uma maioria constituída. E que o poder do povo é superior a ambos, de onde a vontade do poder constituinte originário está declarada na Constituição⁴.

4 “The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. There are various ways of sliding over this ineluctable reality. Marshall did so when he spoke of enforcing, in behalf of “the people,” the limits that they have ordained for the institutions of a limited government. And it has been done ever since in much the same fashion by all too many commentators. Marshall himself followed Hamilton, who in the 78th Federalist denied that judicial review implied a superiority of the judicial over the legislative power—denied, in other words, that judicial review constituted control by an unrepresentative

Interessante frisar que, como expõe Gargarella (1997), esse poder de revisão judicial é uma via excepcional, porém, pode ser pensada de outra forma, como a de poder incorporar e sugerir outros arranjos institucionais.

Nesse ponto surge a importância de se compreender os sistemas de proteção das Constituições, uma vez que parte da doutrina situa esse campo de estudo dentro do Direito Constitucional, e outros, dentro do Direito Processual⁵.

Sobre o tema, Dimoulis e Lunardi (2017. p. 31) esclarecem que definir “o processo constitucional como sequência de atos que objetiva permitir uma decisão judicial sobre a constitucionalidade de certas normas (processo de fiscalização da constitucionalidade)” é, em verdade, “indevidamente restritiva, pois não leva em consideração que o processo constitucional não se limita ao processo judicial”.

Por isso os autores consideram o processo constitucional como um conjunto de tipos de processos regulamentados pela Constituição que visam garantir o respeito a direitos fundamentais ou as regras de organização do Poder do Estado.

A expressão “Direito Processual Constitucional” foi cunhada originalmente pelo espanhol Niceto Alcalá Zamora y Castillo. Porém, tal construção se deu sob as bases doutrinárias de Hans Kelsen, Eduardo Couture, Piero Calamandrei e Mauro Cappelletti (ALCALÁ, 2009).

Todavia, depreende-se, dos estudos de Fix-Zamudio (1997), a sistematização do direito processual constitucional, tendo como ponto de partida o processualismo científico estudado por Satta (1971. v. III, p. 49-68).

Em seu turno, Belaúnde (1999) afirma que a discussão está em torno do problema no campo teórico do que se chama jurisdição constitucional ou justiça constitucional, já que para Kelsen a preocupação residia na necessidade de um controle judicial e que esse controle estivesse a cargo de um tribunal ad hoc, pouco se importando com o nome, mas sim com seu conteúdo.

Nesse sentido, o autor afirma que “debe ser considerada como un sistema o un plexo teórico y doctrinario en su conjunto, que trata sobre cómo se lleva a cabo el control constitucional y temas afines” [...], “procesos vinculados con la Constitución” (BELAUNDE, 1999).

Dessa breve incursão analítica, depreende-se que enxergar o direito processual constitucional apenas com um conjunto de procedimentos é insuficiente para a compreensão da jurisdição constitucional ou como se refere alguns doutrinadores, da justiça constitucional.

Seguindo essa linha de raciocínio, compreende-se a justiça constitucional em sua função nuclear de escudeira da Constituição. Nesse tocante, a sobrevivência do sistema jurídico compreende a existência de um órgão que atue para a manutenção de sua estrutura.

minority of an elected majority. “It only supposes,” Hamilton went on, “that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former.” But the word “people” so used is an abstraction. Not necessarily a meaningless or a pernicious one by any means; always charged with emotion, but nonrepresentational-an abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. It is an altogether different kettle of fish, and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic” (BICKEL, 1986, p. 16-17).

5 André Ramos Tavares e Renato Gugliano Herani entendem o Direito Processual Constitucional como ramo de ciência autônoma (TAVARES; HERANI, 2021).

O exercício dessa função não é contemplativo e abstrato, mas consistente na promoção e no exercício de poder. É exatamente nesse viés a análise de Reyes (2019), para quem

[...] a través de un largo proceso, las constitucionales «racional-normativas» fueron desplegando la potencialidad inherente a sus postulados (primero en los Estados Unidos de América y después en Europa), que no eran otros que la soberanía del pueblo, los derechos fundamentales y la división de poderes, quedó patente que solo concibiendo la constitución como norma jurídica suprema y dotando de eficacia a esa supremacía jurídica, la constitución podría regir efectivamente la vida de una comunidad.

Quando se vislumbra o direito processual constitucional como parte do direito constitucional, e quando se compreende sua função contramajoritária, conforme assinado nas linhas acima, nas palavras de Bickel, essa sequência de raciocínios complementa-se com as lições de Häberle (2014), para quem o direito processual constitucional é senão um direito constitucional substantivo e concreto.

Outrossim, quando se olha para a justiça constitucional como elemento de poder, assinala-se que se trata de poder estatal com a res pública e seu conjunto, e que todas as funções estatais são funções políticas em sentido amplo, diferenciando-se apenas no modo de como atuam⁶.

2.1 O CHECK AND BALANCES E A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO CONTROLE INTERPODERES E CONTENÇÃO DO PODER POLÍTICO

Do tudo quanto exposto até aqui, pode-se afirmar que efetivamente a pretensão do direito processual constitucional excede a procedimentalização, para fazê-lo inserir-se nas profundidades do “processo de poder”⁷.

Nesse ponto, entra a análise apregoada por Tavares e Herani (2021), da necessária existência de um sistema de freio e contrapesos, e que esse sistema não desborde a própria Constituição que lhe confere esses poderes.

É nessa seara que se faz necessário pensar com escopo na procedimentalização do controle jurisdicional do Direito. Isso em razão do que assinala Canotilho (CANOTILHO, 2003, p. 97-98) sobre a temática:

O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma “linha Maginot” entre “Estados que têm uma constituição” e “Estados que não têm uma constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito.

6 Häberle (2014) discorre no seguinte sentido quando analisa a questão do poder político: “se entiende aquí ampliamente: se caracteriza por su relación potencial o actual con la res publica en su conjunto, ya que los diferentes conceptos de lo político hasta ahora han absolutizado elementos parciales individuales: por ejemplo, el elemento del poder, el ingrediente del bienestar o de la felicidad o el aspecto de lo irracional o de lo dinámico. Todas las funciones estatales son funciones políticas en este sentido. Se diferencian por la manera y modo en que actúan en el marco de la división republicana de trabajo, pero no se «contraponen» al Derecho o algo parecido. También el legislador democrático interpreta la Constitución, también el juez (por ejemplo, especialmente tangible en el caso del Tribunal Federal del Trabajo en el Derecho de los conflictos laborales) es un poco «poder político». El Derecho y la política no se contraponen uno al otro en el Estado constitucional democrático: son aspectos parciales, funciones parciales de la res publica en su conjunto”.

7 Ou seja, o processo constitucional não deve ser visto pela forma, como rito e pela solenidade. Aqui o que se propõe com base nos estudos desenvolvidos por André Ramos Tavares e Renato Gugliano Herani (TAVARES; HERANI, 2021). É exatamente o oposto ao movimento que contemplou o direito processual, do direito, nos estudos de Oskar Von Bülow e de Bernhard Windscheid e Theodor Muther, na obra intitulada Polêmica sobre a ação (WINDSCHEID; MUTHER, 1974).

Nesse interim, a dogmática jurídica do processo constitucional, como explica Mac-Gregor (2008), compreende duas realidades, uma como fenômeno histórico social, e outra como estudo científico.

Desse modo, como ciência, o estudo do direito processual constitucional ganha corpo a partir do surgimento dos tribunais constitucionais europeus, em especial o surgimento da Corte Constitucional Austríaca de 1920.

Atribui-se a Carl Friedrich von Gerber⁸ o início da acepção dogmática que atribuiria autonomia científica ao direito processual constitucional.

Porém, acaso se considere o Estado do ponto de vista jurídico, percebe-se sobretudo o fato de que nele o povo eleva-se, em seu conjunto, à consciência e à capacidade de desejar demandas a partir do direito.

Em outras palavras, é nele que o povo adquire personalidade jurídica. Com efeito, o Estado, guardião e revelador de todas as forças do povo que são desdobradas no cumprimento ético da vida coletiva, é a suprema personalidade do direito que o ordenamento jurídico conhece. A sua capacidade de querer possui a máxima atribuição que o direito pode conferir (FIORAVANTI, 1979, p. 95).

Nesse compasso, Fix-Zamudio (1997, p. 89-119) traz contribuição ao expressar o conceito de direito processual constitucional:

[...] el derecho procesal constitucional tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder.

Não se olvida, assim, que a preocupação com os instrumentos e órgãos de solução de controvérsias constitucionais são muito anteriores do que a preocupação da análise científica do direito processual constitucional.

2.2 O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E SUA LOCALIZAÇÃO

Como poder estatal, precisa-se superar a visão de que justiça constitucional se reduz a controle de constitucionalidade, uma vez que sua amplitude supera a clássica tripartição dos poderes estatais, como visto nas linhas acima⁹.

Bem por isso Tavares e Herani (2021) falam em Constituição material e Constituição processual para designar que:

A diferença da correlação processual-material no campo constitucional está no fato certo de que as normas adjetivas e as normas materiais encerram, juntas, a própria unidade normativa da Constituição. Porque protege o direito material supremo, o direito processual vocacionado a sua defesa é igualmente superior, no sentido hierárquico e de contenção do poder (presumindo-se seu funcionamento adequado).

8 A obra onde originalmente Karl Friedrich von Gerber retratada esta linha de pensamento é *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, de 1865.

9 Esse entendimento também é seguido por Renato Gugliano Herani (HERANI, 2015, p. 105).

Todavia, outros autores entendem que essa denominação “Direito Processual Constitucional” não estaria generalizada, como por exemplo na Espanha, para se evitar o automatismo da expressão e sua inclusão no campo do Direito Processual, com as consequências acadêmicas que se lhe entenderia (BAZÁN, 2007).

3. O CONTROLE DO PROCESSO CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Seguindo a linha de raciocínio, diante do explanado até aqui, tem-se que o processo constitucional atua como um instrumento político na relação entre os poderes, como nos casos em que o Supremo Tribunal Federal cria regras com escopo do exercício da jurisdição constitucional.

3.1 O ATIVISMO PROCESSUAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nesse sentido, caso emblemático a ser analisado é Petição 3.388-4/RR, que tratou da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, no qual a Corte Constitucional traçou diretrizes básicas para o usufruto indígena, tendo em vista a ausência completa de um modelo demarcatório claramente definido pela lei.

Todavia, o próprio Supremo Tribunal Federal controla e constrói o suporte da interpretação e das suas regras de atuação. Sunstein (2007, p. 1) pontua que se as Cortes decidirem de certa maneira em determinados casos, a indignação pública pode afetar significativamente as políticas nacionais e minar a própria causa que a decisão está tentando promover.

Ou o que pode ser ainda pior, quando o Supremo constrói ao seu sabor as regras processuais constitucionais para decidir as questões entre Estado, seus respectivos poderes e a Constituição.

Nessa ordem de ideias, imperioso anotar que, ao se fazer cumprir a supremacia da Constituição, não a vigia e o guardião dela não deve ser aquele que cria o “procedimento” com o qual se fará respeitar o mandamento Constitucional. Isso implicaria necessariamente num ativismo processual pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2 A REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA: A CRISE ENTRE PODERES

A lei fundamental é a Constituição, que emana da vontade soberana do povo manifestada pelo Poder Constituinte de 1988. Ela estrutura o Estado, discrimina as competências, confere direitos e impõe obrigações.

É sob esse enfoque que está pensado o próprio preâmbulo da Constituição de 1988, que, mesmo sem força normativa, traz as diretrizes gerais da texto constitucional que o segue, ao dizer que os representantes do povo brasileiro reunidos em Assembleia Nacional Constituinte promulgam a Constituição para instituir, a partir de então, um Estado Democrático, com a proposta, objetivo e missão de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade,

a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Tudo isso fundamentado na “harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (BRASIL, 1988).

Posto desse modo, a apreciação jurisdicional da constitucionalidade é absoluta e irrestrita, abrangendo a totalidade dos atos da legislatura e da administração (legislativo e executivo)?

Para Tavares e Herani (2021, p. 16), insere-se nesse campo a divisão de poderes (checks and balances), a legitimidade democrática (papel contramajoritário) e a própria interpretação constitucional.

Sobre a temática aqui tratada, Coxe (1863, p. 118) sustentou que as questões de natureza meramente política estão excluídas do campo de apreciação do Poder Judiciário. Todavia, se o controle jurisdicional das normas, antes de ser apenas técnica jurídica, compõe a estrutura política do Estado, vários temas da ciência política não seriam afetados pelo judicialismo constitucional?

Talvez a ideia de Coxe fosse excluir questões cuja solução estivesse confiada única e exclusivamente à faculdade discricionária do legislativo e do executivo. Entretanto, a própria discricionariedade administrativa está sujeita, como se denota da interpretação do art. 50 da Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, ao controle do Poder Judiciário, no exame das questões políticas, principalmente quando há ofensa a direito fundamental da pessoa ou da supremacia do interesse público (BUZAID, 1958, p. 56-57).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal por diversas vezes já decidiu que é possível o controle judicial da discricionariedade administrativa, inexistindo, nesse tocante, contrariedade ao Princípio da Separação dos Poderes (BRASIL, 2012), notadamente quando não cumprida motivação do ato, “com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos” (BRASIL, 1999), nas hipóteses mencionadas pelo art. 50 da Lei Federal n. 9.784/1999.

Como se sabe, diante da tripartição e independência dos poderes, na clássica visão de Montesquieu, “o controle judicial sobre atos da Administração é exclusivamente de legalidade. Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa” (CARVALHO FILHO, 2021, p. 1102).

Assim, Carvalho Filho (2021, p. 1102) afirma que estando o ato em desconformidade com a Constituição ou a lei, o Poder Judiciário “declarará sua invalidação de modo a não permitir que continue produzindo efeitos ilícitos”. Mas o autor adverte que, à luz do entendimento dos Tribunais, é vedado ao Judiciário “apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público” (CARVALHO FILHO, 2021, p. 1102).

Deveras, o art. 2º da Carta de Outubro trata dos poderes que compõem o Estado, estabelecendo a independência e harmonia entre eles, conceito esse criado por Montesquieu no Séc. XVIII e que permanece até dias de hoje, praticamente na sua mesma formatação.

Entrementes, Grinover (2008) lembra que

a teoria foi consagrada em um momento histórico – o do liberalismo – em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera da liberdade individual. Era o período da primeira geração de direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado

só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir de sua liberdade. O modelo do constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado.

Diante disso, para redação original da teoria, cada poder tem sua função precípua pela qual deve nortear sua atividade, sem interferir um na atividade do outro, como afirmava Montesquieu. Aliás, para ele, o Judiciário era “a boca que pronunciava as palavras da lei em razão da necessidade ética de ser justo, imparcial” (MONTESQUIEU, 2010).

Com efeito, quando se fala de separação de poderes, o norte deve ser “o controle do poder pelo próprio poder, um sistema de fiscalização e limitação recíprocas, o denominado sistema de freios e contrapesos”. Isso porque “entende-se que a separação não é propriamente do poder político-jurídico, considerado uno, indivisível, e sim das funções” (CANOTILHO et. al. 2013, p. 145).

A ideia de separação de poderes tem por base fundamental a compreensão da própria discricionariedade no sentido de que um poder não pode invadir a discricionariedade dos outros. O equilíbrio entre Executivo, Legislativo e Judiciário está aí. Mas a visão moderna da discricionariedade é que tem causado uma revolução nesse equilíbrio.

Sobre o tema, Canotilho (2013, p. 145) assevera:

Discricionariedade não significa liberdade total, ao sabor da opinião individual do agente, refém do subjetivismo (solipssismo), onipotência, juízo fora ou ignorante do Direito, sem parâmetros, sem balizas. Juízo discricionário somente ocorre quando comprovadamente existem duas ou mais condutas equivalentes, igualmente admitidas pelo Direito, não sendo possível determinar, com certeza ou precisão, qual o melhor comportamento, o mais em conformidade com o Direito. Discricionariedade, nesse sentido, também não se confunde com ‘discricionariedade interpretativa’, valendo sempre lembrar a aguda crítica feita por Dworkin ao positivismo de Herbert Hart, aplicável ao decisionismo de Hans Kelsen.

Nesse contexto, Canotilho (2013, p. 145) afirma que “há uma reengenharia da separação de poderes, com o judiciário promovendo a sindicância de hipóteses até pouco tempo consideradas proibidas”. É aqui que entra a nova visualização da jurisdição como criativa. “Exige-se do judiciário, quando dessa sindicância, o respeito à integridade e a coerência, assim como a preservação da autonomia do direito, tão duramente conquistada a partir do segundo pós-guerra”.

O autor arremata afirmando que

[...] a divisão de poderes não está mais guardada apenas dos direitos individuais, mas sim de todas as dimensões dos direitos fundamentais, assimiladas em unidade. Vem em favor tanto das liberdades públicas, dos direitos civis, quanto dos direitos sociais, da cidadania ativa, dos direitos transindividuais, do meio ambiente – cobrança de prestações, eficácia positiva. As funções adquirem novo sentido, outras raias de legitimidade, novas conformações. (CANOTILHO et. al. 2013, p. 145)

Nessa caminhada, a “sindicância” deve ser promovida pela atividade jurisdicional dentro da tripartição dos poderes, sem ofender sua harmonia e independência, mas para garantir o respeito aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição da República, bem como para controle da legalidade e moralidade administrativa, o qual “não pode ser feito sem o exame

do mérito do ato guerreado. Trata-se, aqui, de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade” (GRINOVER, 2008).

Nisso se tem que, no campo da discricionariedade dentro das políticas públicas, compreendidas como programas e ações do Poder Público com o fim de atingir os objetivos fundamentais do Estado Democrático, é possível a intervenção do Judiciário para implementá-las, ou para corrigi-las, quando equivocadas (GRINOVER, 2008).

Trilhando nisso e para que isso ocorra, Grinover (2008) aponta deve haver limites à essa intervenção, destacando: “i. a restrição à garantia do mínimo existencial; ii. a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; iii. a reserva do possível”.

Assim, o estreito respeito e observação dos limites, bem como a correta compreensão do conceito de políticas públicas são imprescindíveis e bastante para evitar e reprimir excessos por parte do Judiciário.

Canela Júnior (2009) calamistra, dentro da análise da constitucionalidade, que

como toda atividade exercida pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo deve compatibilizar-se com a Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado (CF, art. 5º, XXXV), a constitucionalidade respectiva. Aquilo que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas” deverá ser examinado pelo Poder Judiciário sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF”).

Desponta claro, então, que “o controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado” (GRINOVER, 2008).

Por esse ponto, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2019) firmou entendimento no sentido de que:

Ante a demora ou inércia do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas para o cumprimento de deveres previstos no ordenamento constitucional, sem que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível.

Significa dizer que não há dúvidas de que o Poder Judiciário, dentro do judicialismo constitucional, pode interferir inclusive no campo da discricionariedade administrativa, incluindo aí questões políticas.

3.3 SOBREVIVÊNCIA POLÍTICA E A CHANCELA DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CAMPO DE ATUAÇÃO LEGISLATIVO

Na visão de Hirschl (2007)¹⁰, os tribunais passaram a ter importância política, num fenômeno diverso de transferência de assuntos de natureza e significado claramente políticos, ou

10 Segundo o autor, “the expansion of judicial power through constitutionalization and the corresponding acceleration of the judicialization of politics in so many countries over the past few decades may shed light on an aspect of constitutional politics that is often overlooked: the political origins of constitutionalization. Although the adoption of a constitutional catalogue of rights provides the necessary institutional framework for the judicialization of politics, it is certainly not a sufficient condition

para líder com a megapolítica, que cinge controvérsias políticas capazes de dividir comunidades inteiras.

Trata-se de temas que deviriam ser decididos, geralmente, pela própria população por meio de seus representantes eleitos e politicamente responsáveis. Porém, tal ponto traz uma indagação importante: situações como essas, de judicialização de questões que combinam altíssimos e impertinentes riscos políticos, podem questionar as credenciais democráticas do controle judicial de constitucionalidade?

Para se ficar com alguns exemplos, cita-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF, que reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico ao dar interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2011). Ainda nesse enfoque, tem-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF que declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128 incisos I e II do Código Penal brasileiro (BRASIL, 2013).

Esse compasso de transferência de poderes acaba por se agravar, quando o Supremo Tribunal Federal passa a criar normas procedimentais para o controle de certas decisões de interpretação Constitucional.

Sobre isso, tem-se exemplo recente, ocorrido no Habeas Corpus n. 193.726/PR, cuja decisão do ministro relator Edson Fachin declarou a incompetência da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba para o processo e julgamento das Ações Penais do Triplex do Guarujá, Sítio de Atibaia e doação ao Instituto Lula (BRASIL, 2021a).

Contudo, logo depois, no Habeas Corpus n. 164.493/PR, o plenário do Supremo reconheceu a parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro, determinando a anulação de todos os atos decisórios praticados pelo magistrado no âmbito da Ação Penal do Triplex do Guarujá (BRASIL, 2021b).

Tais exemplos, como explicam Tavares e Herani (2021, p. 16), são claras decisões que se modelaram em razão e conforme as conjecturas políticas, sociais e o período constitucional que o Brasil vive na atualidade.

Ainda de acordo com os autores, nesse caminho, a Corte Constitucional sempre tem se mostrado “linear e progressivo, caminhando da autocontenção ao ativismo, com a leitura concretista das decisões do mandado de injunção, que depois foi transportada para as ações de inconstitucionalidade por omissão. Já o Legislativo, ao contrário, sempre foi errático” (TAVARES; HERANI, 2021, p. 16).

Isso tudo faz gerar a razão pela qual se possibilita reduzir toda problemática na palavra omissão. Omissão essa da classe política, que depois, acaba por produzir resistência à justiça constitucional.

for generating the high level of judicialized politics we have seen in the four countries studied here. The rise of constitutionalization and judicial review, and the corresponding transfer to the courts of questions such as the future of the Canadian confederation, national healing in the wake of apartheid, the fate of the Maori, or the meaning of a “Jewish and democratic” state could not have developed and cannot be understood in isolation from the major struggles that form the Canadian, South African, New Zealand, and Israeli political systems. To be sure, none of these problems is uniquely or intrinsically legal. It is therefore unclear at first glance why a political regime would vest extended authority in the courts to resolve them. What is more, the broadened political jurisdiction of the courts vis-à-vis the declining power of legislatures is especially perplexing since courts, even with their new powers, still do not hold independent purse strings, nor have they any means of independently enforcing their power. Yet they have been given authority to limit the institutional flexibility of political decision-makers. Judicial empowerment through constitutionalization seems, prima facie, to run counter to the interests of power-holders in legislatures and executives. How then can we explain the increasingly common transfer of power from majoritarian policy-making arenas to national high courts?” (HIRSCHL, 2007, p. 211-223).

Diante disso,

Em interessante análise, Nohlen diz que as decisões da Justiça Constitucional são interpretadas pelos atores político-sociais em democracias consolidadas como “estimulantes”, e nas democracias em consolidação como “perturbadoras”. Explica este último efeito afirmando que a zelosa defesa jurisdicional constitucional aos direitos humanos tem o potencial de reverberar tensões políticas e sociais, e assim deflagrar, no extremo, a mais séria crise institucional. (TAVARES; HERANI, 2021, p. 27)

Esse cenário de omissão política acaba por se tornar perfeito para se cultivar a ativismo judicial e processual constitucional. E, nessa linha, o Supremo Tribunal Federal torna-se, evidentemente, protagonista do palco político nacional.

4. PARAMETRIZAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO TÉCNICA DE PODER

Nos termos do art. 105, caput, da Constituição Federal, ao Supremo Tribunal Federal cabe a guarda da Constituição, devendo fazê-lo dentro e nos limites de sua estrita observância. Como aponta Tushnet (2021, p. 8), a teoria constitucional que remonta a Montesquieu, identifica três ramos de governo, cada um com uma função específica: ao legislativo decretava regras gerais, o executivo fazia cumprir as regras e o judiciário resolvia disputas sobre o significado e a aplicação das regras. Mas, o que garante a um sistema constitucional uma combinação adequada de estabilidade razoável de governança ao longo do tempo?

Compreendido os pontos até aqui tratados sobre o processo constitucional, e tendo em vista que “os direitos fundamentais encontram no processo constitucional um mecanismo de proteção e efetivação / concretização”, bem como considerando que se não fosse pelos direitos fundamentais sistematizados sob o manto do Estado Democrático e Constitucional de Direito, “o processo não poderia ser concebido como a matriz adequada à constante edificação da Democracia - de exercício amplo e incessante da cidadania” (PAOLINELLI, 2016, p. 58), tem-se que as balizas para o exercício do processo constitucional residem precipuamente na própria Constituição Federal.

De fato, o sistema de pesos e contrapesos pode ser visto como a mitigação da separação dos poderes, no qual um poder tem a possibilidade de interferir no outro na forma de controle institucionalizado, sem nenhuma estranheza.

É assim que pode ser vista a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que instituiu as súmulas vinculantes, com eficácia não só a todos os órgãos do Judiciário, como também da Administração Pública direta e indireta.

Interessante notar que, mais recentemente instituída pela lei, essa mesma solução não ocorreu com a repercussão geral, sobre seu aspecto eficaz, quando o legislador a circunscreveu as diretrizes do art. 927 do Código de Processo Civil (TAVARES; HERANI, 2021, p. 27).

Ou seja, a vinculação, nesse caso, ocorre somente dentro do próprio Judiciário, não atingindo os órgãos e decisões da Administração, que podem, em tese, optar ou não por acompanhar.

Dessa breve análise pode se compreender que a Lei não pode redesenhar os sistemas de controle entre os Poderes. Efetivamente, isso só é possível pelo constituinte (controle interorgânico e intraorgânico).

Nessa linha de argumentação, o incidente de resolução de demandas repetitivas desborda a linha permissiva do texto Constitucional ao se pretender redesenhar o controle entre Judiciário e Administração Pública, nos termos do art. 985, § 2º e art. 1.040, IV do CPC (TAVARES; HERANI, 2021).

No bojo da delegação constitucional, justifica-se o tratamento das normas procedimentais aplicáveis à jurisdição constitucional, em regime normativo infraconstitucional. Como no caso da repercussão geral das questões constitucionais, das ações em controle concentrado de constitucionalidade.

Disso tudo faz surgir a ideia da necessidade de um Código de Processo Constitucional, com o fim de organizar todos os preceitos procedimentais do processo constitucional.

Com efeito, quando se fala em Código de Processo Constitucional, está se referindo a uma codificação que traga uma uniformização de regras procedimentais relativas aos processos ligados à matérias constitucionais, a fim de uniformizar os procedimentos adotados no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Sobre a temática, Bonavides (2016) trata da necessidade de se aperfeiçoar o sistema para fazer efetivas as garantias processuais da Constituição e afirma que “suas formas, suas técnicas, seu campo de ação processual não de ser deveras úteis ao juiz constitucional a fim de levar a efeito com precisão, propriedade, diligência e equilíbrio, a prestação jurisdicional do direito codificado”. Mas não apenas isso, a codificação processual constitucional representará “notável adiantamento no emprego dos meios instrumentais do processo, constantes do sistema constitucional”.

Essa necessidade fez com que a Câmara dos Deputados instituísse uma comissão de juristas para elaborar e apresentar um anteprojeto de lei que tem como fim a sistematização do processo constitucional brasileiro (BRASIL, 2020).

Como justificativa, mostrou-se a imprescindibilidade de se buscar consolidar, sistematizar e harmonizar as “normas que tratam do processo e julgamento das ações do controle abstrato de constitucionalidade, das reclamações constitucionais, do mandado de segurança, do habeas data, do mandado de injunção e dos recursos extraordinários” (VALE, 2021), colocando a lei em consonância com a própria jurisprudência do Supremo Tribunal.

Sobre essa necessidade de sistematização, uniformização e harmonização, Vale (2021) entende que não significa “a descaracterização das especificidades de cada ação, levando-se em conta os distintos tipos de pedidos e de causas de pedir que cada uma comporta”. E continua:

Assim, se não se pretende, neste momento, elaborar propostas de reforma do texto constitucional para simplificar o rol de ações do controle abstrato da constitucionalidade, a sistematização legislativa dos procedimentos e das técnicas de decisão é atualmente fundamental. É sobre esse aspecto que a

Comissão precisa se debruçar com maior cuidado, até mesmo ante a necessidade de atualização dos ritos das ações existentes com a jurisprudência do STF. (VALE, 2021)

Logicamente que essa codificação, além de trazer vantagens, traz também riscos, notadamente em tempos de crises institucionais. Bonavides (2016) adverte que “em circunstância tão delicada para o normal funcionamento do sistema, que o novo Código regulamente, bem sucedido, aquelas ações protetoras da liberdade, da Constituição e dos direitos fundamentais”.

Apesar disso, o autor destaca que “o Brasil precisa desse Código a fim de ultimar com as garantias constitucionais e processuais devidamente sistematizadas, a tarefa bem sucedida e estabilizadora da restauração constitucional de 1988” (BONAVIDES, 2016).

Contudo, ainda que sob o olhar da comissão e diante dessa tessitura, Tavares e Herani (2021, p. 45) apontam uma problemática maior – e que precede a outros debates - sobre quem deve ser o curador da Constituição.

Com efeito, essa questão de quem deve ser o curador da Constituição faz do direito processual constitucional um campo de constante batalha político-social e, atualmente, uma parte relevante da nova guerra ideológica travada por setores retrógrados extremos, ultraconservadores e radicais, pelo domínio moral da sociedade, contra as liberdades individuais e contra os avanços civilizatórios (TAVARES; HERANI, 2021).

E aqui uma observação importante se faz necessária: se pelos operadores do direito tanto pode ser compreendido, a grande maioria da população brasileira não compreende essa sistemática. E o mais grave: essa compreensão deveria ser pelos seus representantes políticos, que por um cálculo minuciosamente planejado, talvez finjam não compreender.

Entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário deve haver equilíbrio e diálogo na condução do Processo Constitucional como técnica e poder, para que não se converta em “causa de desproteção da Constituição” (TAVARES; HERANI, 2021, p. 46).

Nessa ordem de ideias, é preciso compreender que a existência e exigência de um modelo de processo constitucional acaba por surgir “como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da norma ordinária com a Carta Constitucional” (BARACHO, 1984, p. 347).

Entrementes, esse modelo deve ser concebido sob a luz da própria Constituição, notadamente em respeito às funções dos Poderes, e dentro do controle interpoderes (checks and balances) que deve existir como instrumento de garantia do cumprimento da própria Constituição Federal.

Nesse caminho, a atuação do Judiciário, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, deve sempre se pautar na intervenção mínima, ou seja, dentro daquilo que se mostra essencial para garantir o cumprimento dos direitos fundamentais e normas que estão no plano constitucional, sem provocar o desequilíbrio dos poderes, ou decidir conforme o momento político que vive o país.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça Constitucional com seus atributos e atribuições se compreende, nos seus aspectos e categorias teóricas essenciais, em sua evolução, como também no próprio aspecto de ativação, que, pela topologia funcional, enquadra o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, além de sobrelevar seu desempenho decisório na Justiça Constitucional brasileira.

Considerado o contexto do constitucionalismo contemporâneo, destaca-se esse olhar atento às perspectivas da epistemologia do direito processual constitucional e sua dimensão bifronte, ora como técnica ora com poder.

Como técnica jurisdicional constitucional, o Código de Processo Constitucional superaria a discussão sobre qual órgão guardaria melhor a Constituição, e passaria ditar resoluções segundo os preceitos e princípios constitucionais, que resultariam em interpretações sem instrumentalizações voltadas a produção de determinados “direitos”.

A transferência decisória dos Poderes Legislativo e Executivo ao Judiciário reforçam a expansão da justiça constitucional. Porém, a compreensão de sua dimensão funcional deve ir além da mera função de “legislador negativo”.

Em verdade, esse necessário equacionamento deve ser capaz de dissuadir a tensão entre a justiça constitucional como poder, e os demais poderes. Trata-se da ideia de preservação da ordem constitucional e o respeito a democracia.

Isso porque é indissociável a Constituição material da Constituição processual. No compasso de que essa garante a proteção e subsistência daquela, fornecendo meios e auxílio, fonte de poder, para concretização material daquela.

Dado o analisado nesse estudo, os Tribunais Superiores têm sido, com certa constância, chamados a resolver uma série de problemas de ordem constitucional. Da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, às questões atinentes às políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho, à proteção ambiental, e mais recentemente, à crise de saúde pública em decorrência do novo coronavírus.

Assim, a agenda política judicializada vai além da relevância política das questões de que tratam. Em suma, trata-se da própria subsistência dos valores e princípios da Constituição material.

É nesse contexto que o debate sobre a justiça constitucional e o direito processual constitucional ganha relevância, a ponto de fazer surgir discussões sobre a necessidade de se criar legislativamente um código de processo constitucional, a fim de buscar a consolidação, sistematização e harmonização das normas que tratam do processo constitucional, que hoje é praticamente dirigido pelo Supremo.

Contudo, esse modelo deve ser concebido sob a luz da própria Constituição Federal, notadamente em respeito às funções dos Poderes, e dentro do controle interpoderes (checks and balances) que deve existir como instrumento de garantia do cumprimento da própria Constituição Federal.

Em linha conclusiva, a atuação do Poder Judiciário, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, dentro da justiça e do processo constitucional deve sempre se pautar na intervenção mínima, ou seja, dentro daquilo que se mostra essencial para garantir o cumprimento dos direi-

tos fundamentais e normas que estão no plano constitucional, sem provocar o desequilíbrio dos poderes, ou decidir conforme o momento político que vive o país.

REFERÊNCIAS

- ALCALÁ, H. N. El Derecho Procesal Constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina. **Revista Estudios Constitucionales**. A. 6, n. 1, p. 13-58, 2009.
- BARACHO, J. A. de O. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984.
- BAZÁN, V. Derecho procesal constitucional: estado de avance, retos y perspectiva de la disciplina. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. n. 8, p. 89-112, 2007.
- BELAUNDE, D. G. De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n. 3, p. 121-156, 1999.
- BICKEL, A. M. **The least dangerous Branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2.ed. New Heaven: Yale University Press, 1986.
- BONAVIDES, P. Código de Processo Constitucional: as bases doutrinárias do anteprojeto da Ordem dos Advogados do Brasil. **Revista de Processo Comparado**. v. 3, p. 279-295, jan./jun. 2016.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara cria comissão de juristas para avaliar legislação sobre processo constitucional. **Agência Câmara de Notícias**, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/710651-camara-cria-comissao-de-juristas-para-avaliar-legislacao-sobre-processo-constitucional/>. Acesso em: 30 set. 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1804607/MS. Relator Ministro Herman Benjamin, 10 set. 2019. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Relator Ministro Ayres Britto, 5 mai. 2011. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 14 out. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 193726. Relator Ministro Edson Fachin, 15 abr. 2021. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 1 set. 2021a.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio, 12 abr. 2012. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 30 abr. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 164493. Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, 23 mar. 2021. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 4 jun. 2021b.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 28911. Relatora Ministra Cármen Lúcia, 13 nov. 2012. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 4 dez. 2012.
- BUZUID, A. **Da Ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CANELA JÚNIOR, O. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: um novo modelo de jurisdição. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, SP.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. G. et. al. (coords.). **Comentários à Constituição Federal do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO FILHO, J. S. **Manual direito administrativo**. 35. ed. Barueri: Atlas, 2021.
- COXE, B. **An essay on judicial power and unconstititutional legislation**. Filadélfia, 1863.
- DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. **Curso de Processo Constitucionalidade e Remédios Constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- FIORAVANTI, M. **Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco**. Milano: Giuffrè, 1979.
- FIX-ZAMUDIO, H. Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**: Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, Taravilla, v. 3. p. 89-119, 1997.
- GARGARELLA, R. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 6, abr. 1997.
- GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- GODOY, M. G. de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRINOVER, A. P. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**. v. 164, p. 9-28, out. 2008.
- HÄBERLE, P. El tribunal constitucional como poder político. **Revista de Estudios Políticos**. n. 115. jul./set. 2014.
- HERANI, R. G. **A prova de Inconstitucionalidade**. Curitiba: Prisma, 2015.
- HIRSCHL, R. **Towards Juristocracy**: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- MAC-GREGOR, E. F. La ciencia del derecho procesal constitucional. **Dikaion**, Chia, Columbia, a. 22, n. 17, p. 97-129, dic. 2008.
- MONTESQUIEU, C. de S. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- PAOLINELLI, C. M. O que é o processo constitucional? **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, PUC Minas Serro, n. 13, p. 32-62, jan./jul. 2016.
- REYES, M. A. El futuro de la Justicia Constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Palma, v. 23, p. 11-41, 2019.
- SATTA, S. **Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- America, 1971. v. III.
- SELLTIZ; JAHODA; DEUTSCH; COOK. **Métodos de pesquisa nas relações sociais**. São Paulo: USP, 1974.
- SUSTEIN, C. **Backlash's travel**. University of Chicago Public Law & Legal Theory, 2007.
- TAVARES, A. R; HERANI, R. G. **Direito Processual Constitucional: como técnica e como poder**. In: TAVARES, A. R; GAMA, M. F. L. **Um Código de Processo Constitucional para o Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.
- TUSHNET, M. **The New Fourth Branch**: Institutions for protecting Constitutional Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- WINDSCHEID, B.; MUTHER, T. **Polemica sobre la "actio"**. Buenos Aires: Ediciones Juridics Eurora-America, 1974.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 30/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 10/05/2022
- Avaliação 2: 09/10/2022
- Decisão editorial preliminar: 10/10/2022
- Retorno rodada de correções: 17/10/2022
- Decisão editorial/aprovado: 06/11/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

METAS DE JULGAMENTO DO CNJ E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS: ANÁLISE CRÍTICA BASEADA NA TEMPERANÇA

CNJ JUDGMENT GOALS AND
CONSTITUTIONAL PROCEDURAL PRINCIPLES:
CRITICAL ANALYSIS BASED ON TEMPERANCE

VICTOR SALDANHA PRIEBE¹
FABIANA MARION SPENGLER²

RESUMO

Diante da realidade de crise de congestionamento do judiciário nacional, busca-se, como objetivo principal investigar as ações que compõem a política pública sob análise estão aptas a assegurar uma temporalidade processual de maneira que, simultaneamente, sejam respeitados os delineamentos previstos nas garantias processuais constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Com isto, o problema que se pretende responder reside no fato de que ao estimular uma agilidade pela via de critérios quantitativos, os quais poderiam gerar afrontas às garantias anteriormente elencadas. Com a finalidade de se atingir os objetivos foram utilizados os métodos de investigação histórico e comparativo. Concluiu-se, por conseguinte, que a política pública jurisdicional de implementação de metas de julgamento, tal como está estabelecida, poderá, pela via de impactos subjetivos nos julgadores, ocasionar estreitamento do alcance das garantias mencionadas.

Palavras-chave: Temperança. Garantias processuais fundamentais. Política de Metas.

ABSTRACT

Faced with the reality of the national judiciary congestion crisis, the main objective is to investigate the actions that make up the public policy under analysis are able to ensure a procedural temporality so that, simultaneously, the previously mentioned constitutional guidelines are respected. With this, the problem that we intend to answer lies in the fact that by stimulating agility through quantitative criteria, which could generate affronts to the previ-

- 1 Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPG-D-UNISC). Especialista em Direito Processual Cível pela Escola Paulista de Direito (EPD). Membro do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos (GPPPTC). Advogado e Mediador. Bolsista CAPES modalidade II. Cachoeira do Sul/RS. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-7994-8421>
- 2 Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS. Mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” certificado pelo CNPq. Coordenadora da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas – REDIHPP. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9477-5445>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

PRIEBE, Victor Saldanha; SPENGLER, Fabiana Marion. Metas de julgamento do CNJ e os princípios processuais constitucionais: análise crítica baseada na temperança. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 4, p. 88-102, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i4.8857>.

ously listed guarantees. In order to achieve the objectives, historical and comparative investigation methods were used. It was concluded, therefore, that the jurisdictional public policy for the implementation of judgment goals, as established, may, through subjective impacts on the judges, narrow the scope of the aforementioned guarantees.

Keywords: Temperance. Fundamental procedural guarantees. Goals Policy.

1. INTRODUÇÃO

O cenário social contemporâneo expõe as dificuldades dos mecanismos existentes que colaboram com a implementação da garantia processual constitucional que busca atribuir um tempo aceitável às demandas jurisdicionais clássicas.

Deste modo, o tema central desta pesquisa procura averiguar as potencialidades de eventuais afrontas das metas de nivelamento, instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aos princípios processuais constitucionais que ditam a ritualística procedimental nacional, quais sejam, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Em sendo assim, tem-se como objetivo geral deste estudo a investigação das ações que compõem a política pública sob análise estão aptas a assegurar uma temporalidade processual de maneira que, simultaneamente, sejam respeitados os delineamentos constitucionais previamente mencionados. Com isto, o problema que se pretende responder reside no fato de que ao estimular uma agilidade pela via de critérios quantitativos, isto poderia desencadear afrontas na amplitude do corolário de garantias trazidas pelo conceito do devido processo legal.

Partindo destas concepções a investigação buscou analisar se os incrementos artificiais estipulados pelas metas de nivelamento, instituídas pelo CNJ, estariam na prática observando as particularidades inerentes aos ritmos processuais, ou, se tais ações político/administrativas poderiam causar alguma ameaça as proteções que os comandos constitucionais emanam às decisões judiciais. Ao fim, a abordagem seguiu com o intuito de analisar se há possibilidade de que o direito material e processual sejam utilizados como antídotos apropriados para proteger tais garantias sem que se deixe de impor eficiência à Jurisdição.

Por derradeiro, destaca-se que na presente pesquisa foi utilizado o método de abordagem dedutivo, pois pretende-se partir de uma análise geral das concepções para ao fim obter-se uma conclusão em relação ao tema. Ainda com a finalidade de se atingir os objetivos, no desenvolvimento da presente pesquisa foram utilizados os métodos de investigação histórico, comparativo e bibliográfico, essenciais para a verificação das teses doutrinárias e jurisprudenciais que embasaram o estudo e chegar a uma conclusão.

2. METAS NIVELAMENTO: ENTRE A CELERIDADE ARTIFICIAL E A DISCRICIONARIEDADE

De início, examina-se os benefícios e os prejuízos que o estabelecimento de critérios quantitativos de julgamento trazem à Jurisdição, inclinando a busca para o estabelecimento de

pontos de ligação entre a induzida na celeridade processual e os potenciais desvirtuamentos discricionários³.

Contudo, poder priorizar entre um posicionamento ou outro não necessariamente se traduz em arbitrariedade, devendo os julgadores, para tanto, inevitavelmente observarem o quadro constitucional e legal que circunda a aplicação do direito, não estando completamente livres de vinculações previamente estabelecidas pelo próprio direito. Com isto, os sistemas jurídicos hodiernos procuraram estabelecer certas restrições às autonomias judiciais. (CAPPELLETTI, 1999)

Sob esta ótica, o juiz coloca-se na posição de criador do direito. No entanto, se trata de um criador totalmente livre de amarras, pois, ao tornar-se intérprete, passa a ter discricionariedade. Acontece, da mesma maneira, quando se observa o movimento inverso, no qual passa a ter discricionariedade, a interpretação ganha outros contornos. Neste caminho, o juiz torna-se verdadeiro revelador do Direito, assumindo a missão de, no momento da interpretação dos textos legislativos, buscar a maior viabilidade possível para a questão social. Deste modo, através da discricionariedade, o juiz ora declarador de vontades, se torna, também, um importante ator na construção do cenário político-social, atividade esta que foi totalmente construída por meio de um movimento jurisdicional intenso nos tempos atuais. (HOFFMAM; CAVALHEIRO; NASCIMENTO, 2011)

Neste passo, a limitação processual à discricionariedade é representada pela diferença do que ocorre no processo judicial e nos procedimentos legislativos e administrativos, no qual, no primeiro, necessita-se de um autor para que seja implementada a condição pela qual o juiz poderá em concreto exercer seu poder jurisdicional. Contudo, a passividade traduz-se como mecanismo que estabelece o limite fundamental, porém não o único, pois, se o juiz decidir alguma controvérsia sem que as partes, expressamente, tenham feito o pedido pela intervenção judicial, ou se o juiz não oferece à parte contrária razoável oportunidade de defesa, ou ainda, se pronunciasse sobre o seu próprio litígio, embora vestindo a toga de magistrado, deveria na realidade deixar de sê-lo. (PRIEBE, 2017)

O foco central desta discussão versa não sobre a alternativa entre criatividade ou não criatividade, mas sobre os níveis, modos, limites e legitimidade da criatividade judicial. Nisto se põe claro que as decisões baseadas na equidade possuem um espaço mais amplo de escolha do que as baseadas e vinculadas a detalhadas prescrições legislativas. À vista disso, nem os precedentes nem normas legislativas devem vincular totalmente o intérprete, sob pena de anularem a imprescindível necessidade dos juízes de serem livres. Contudo, os mesmos juízes têm como dever mínimo apoiar suas decisões em direito judiciário ou legislativo, e não apenas na equidade ou em análogos e vagos critérios de valoração.

Neste sentido, compreende-se uma predisposição evolutiva comprometida com ampliações das atribuições do juiz. Com vistas a isto, desde o fim do século XIX iniciou-se um movimento que buscou atribuir maior oralidade ao processo, o qual conduziu ao aumento das funções dos juízes, seja em vistas de acelerar o desenvolvimento dos atos em si, ou até mesmo assegurar a efetiva, e não unicamente formal, igualdade das partes. (SANTOS; SCHWANTES; PRIEBE, 2018)

3 O conceito do termo "discricionário" segue a lógica de que existem possibilidades em que os julgadores podem optar por mais de uma interpretação do direito em sua atividade judicante. (STRECK, 2017)

Em decorrência disto, o instrumentalismo é compreendido como uma forma de interpretação que possibilita a compreensão daquilo que se espera do processo. Dito de outra forma, espera-se da processualística civil que esta contemple as partes com uma rápida solução ao direito material que levaram a juízo e, se for o caso, sejam adotadas técnicas adequadas de solução dos litígios, restabelecimento a paz jurídica da melhor e mais rápida forma possível. (BEDAQUE, 2016)

Neste sentido, há uma redefinição de concepções acerca da atribuição do juiz, tanto que, devido às profundas mudanças que se apresentam neste método, a densificação a respeito da discricionariedade judicial toma novas proporções. Contudo, mesmo a discricionariedade estando no centro do novo paradigma, jamais se admitirá que esta se ponha a gerar arbitrariedade judicial, dado que, somente é admitida uma criação interpretativa do direito quando isto ocorrer a partir do que está positivado e delimitado principiologicamente pela Constituição.

Em vista deste contexto de amplificação dos poderes processuais e substanciais dos magistrados, entende-se como algo natural e consequente que tais situações estejam em alinhamento aos mecanismos de *accountability*⁴, visando uma contraposição ao acúmulo de poder/responsabilidade. Porém, tais mecanismos atualmente adotados no cenário nacional não correspondem às peculiaridades do problema humano da discricionariedade judicial, que outra coisa não é senão uma questão de acentuação e alargamento derivados, exatamente, da expansão da função jurisdicional.

Esta inadequação pode ser observada quando das implementações, pelo CNJ, de outras políticas públicas jurisdicionais que possuam o prisma de atribuir qualidade à prestação jurisdicional. Nestas, especialmente nas ações do CNJ que atribuem prioridade ao primeiro nível de Jurisdição e que estabelece os parâmetros para o incremento dos meios adequados de resolução de conflitos, é possível compreender que há uma inclinação deste órgão em conferir qualidade aos serviços prestados. (PRIEBE; SPENGLER, 2017)

Em vista disso, compreende-se que a imposição de objetivos a serem observados pelos julgadores quanto a duração dos processos sob sua análise destoam das outras ações, uma vez que, pretende-se atribuir celeridade por meio de uma promessa que não considera o fato de que o tempo presente não pode ser sacrificado em busca de um futuro promissor (OST, 1999). Aqui, entende-se que todas as garantias que compõe o corolário do devido processo, anteriormente mencionadas, expressam-se como as bases de sustentação do agora.

Desta forma, disfarçada de mecanismo de *accountability* a orientação de prazos para julgamentos instituídos pelo CNJ surgem como potenciais instrumentos alargadores da discricionariedade judicial, pois seus objetivos primeiros buscam a quantidade de processos a serem julgados pelos magistrados. Isto se torna mais claro quando estes são observados à luz dos parâmetros de avaliação para ascensão na carreira de magistrado.

Para tanto, dispõe a Lei Orgânica da Magistratura Nacional no art. 80 que “a lei regulará o processo de promoção, prescrevendo a observância dos critérios ele antiguidade (*sic*) e de merecimento” (BRASIL, 1979). No entanto, no segundo inciso do parágrafo primeiro deste mesmo artigo, é definido que “para efeito da composição da lista tríplice, o merecimento será apurado na entrância e aferido com prevalência de critérios de ordem objetiva, na forma do Regulamento

4 O conceito do termo *accountability* aqui adotado é entendido como responsabilidade objetiva de alguma pessoa ou organização por algum tipo de desempenho. (CAMPOS, 1990)

baixado pelo Tribunal de Justiça” (BRASIL, 1979). Ou seja, a legislação delega a competência da fixação dos critérios objetivos de merecimento, quanto à promoção, aos tribunais.

Desta forma, estando legalmente autorizado a constituir tais critérios, especificamente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁵ (TJRS) editou, por meio do seu Órgão Especial, o Assento Regimental nº 01 de 2013, o qual, dentre outras coisas, dispõe sobre o provimento de cargos da Magistratura. Nesta esteira, tal regulamentação interna define os critérios objetivos para aferição do merecimento de maneira semelhante ao que a Resolução 106/2010 do Conselho Nacional de Justiça, pois os diferencia entre desempenho e produtividade, sendo que no primeiro ponto dá-se ênfase à avaliação qualitativa da produção jurisdicional, e, em segundo momento, prioriza-se o volume de produção do magistrado. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013)

À vista disso, o alargamento da discricionariedade começa a se tornar evidente quando compreende-se que dentre os mecanismos de avaliação dos magistrados o aspecto quantitativo tem maior peso, tanto que este fato é expressado pela redação do art. 35 do Assento Regimental nº 01/2013 do TJRS, no momento que dispõe que,

[...] na votação, os membros do Órgão Especial, iniciando pelo Desembargador mais antigo presente, deverão pontuar todos os candidatos concorrentes, fundamentadamente, observados os dados coletados e os critérios estabelecidos neste Assento Regimental, considerando:

I – desempenho (aspecto qualitativo da prestação jurisdicional): até 20 (vinte) pontos;

II – produtividade (aspecto quantitativo da prestação jurisdicional): até 30 (trinta) pontos. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013)

Em sendo assim, identifica-se que há um campo relativamente amplo para que surja uma arbitrariedade intencional do julgador com vistas de obter êxito na promoção da carreira. Tal raciocínio é alcançado através da conclusão de que não lhes é dado resolver todos os problemas da sociedade, surgindo com isto a probabilidade de assumirem-se como burocratas ganha bastante ênfase, o que, conseqüentemente, leva-os a satisfazerem-se como podem, mantendo-se naquele cargo/comarca o menor tempo possível. (NALINI, 2015)

Tal possível arbitrariedade intencional somada a já dilatada discricionariedade criativa inerente à atividade jurisdicional, muitas das vezes, fazem com que seja potencializado, tal como na peça de Aristófanes, o julgamento sem interpretação da norma, e, até mesmo sem fundamentação da decisão. Sendo que “o faz, algumas vezes, pela premência do tempo e pelo ‘ataque de funcionalidade’ imposto pelas últimas resoluções legislativas ou do CNJ (súmulas vinculantes, metas, planilhas, mapas) que primam pela quantidade em detrimento da qualidade” (SPENGLER, 2015, p. 134).

Nesta esteira, sobre a velha tarefa de julgar restarão apenas lembranças nostálgicas, pois o ambiente democrático no qual a atividade judicante é parte integrante, e fundamental, encontra-se subvertido por um totalitarismo que visa eminentemente uma burocratização eficiente da atividade fim. A consequência primeira disto impacta diretamente sob o tempo dos magistrados, tomado pelo preenchimento de infinitas planilhas, relatórios de gestão, sistemas de

5 Optou-se por este Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul uma vez que os índices de cumprimento deste, às orientações proferidas pelo CNJ, estão no topo da lista se comparado aos demais tribunais.

monitoramento e coerções de uniformidade, acarretando ao fim uma falta de tempo e espaço que proporcionem o pleno exercício da precípua função jurisdicional de decidir. (ROSA, 2010)

No entanto, além de não terem mais tempo, a subjetividade pessoal emergindo puxada por critérios avaliativos que demandam quantidade em detrimento da qualidade, à atividade judicante é acrescido outro fator, o da inflação legislativa. Contudo, é oportuno mencionar que “para se alcançar uma decisão justa, não pode o sistema processual abstrair-se de determinadas regras já consagradas como fundamentais no ordenamento jurídico, devendo ficar asseguradas as garantias constitucionais dos cidadãos”. (LOURENCINI; COSTA, 2018, p. 172)

Desta forma, o crescente volume da legislação leva a dois fenômenos tipicamente ocidentais, tais como o sobrecarregamento legislativo e a frequente imprecisão e ambiguidade dos atos legislativos, nos quais seguidamente se observa a presença de conflitos entre suas forças e valores com outros já expressados pela legislação. Nessa conformidade, as leis são redigidas continuamente em termos amplamente vagos e acabam, muitas vezes, repassando delicadas escolhas políticas à fase da interpretação e aplicação judicial da lei. Portanto, a moderna atuação legislativa traz consigo a carência de um ativismo judicial mais acentuado do que em todas outras épocas.

Neste contexto, a tarefa interpretativa que já se tinha por muito ampla, somente poderá ser realizada por um juiz com poder sobre-humano, ou seja, um juiz hercúleo, pois um juiz real, por mais experiência que tenha, não terá a capacidade de uma vez só interpretar de forma plena todo o conjunto normativo que rege a comunidade que este está inserido. (PRIEBE; SPENGLER, 2020)

Diz-se isto, pois a visão social do processo deve considerar as notórias desigualdades que muitas vezes se verificam entre as partes. Deste modo, cabe ao juiz assegurar ao titular do direito acesso à ordem jurídica justa, devendo atentar para esta realidade e, na medida do possível, observar os limites legais, orientando a um equilíbrio de forças, através dos poderes instrutórios que lhe competem, objetivando minimizar, no âmbito processual, as diferenças entre os litigantes. (WATANABE, 2019)

Assim, considera-se que a prática interpretativa do Direito moderno deve ser pautada pela concepção do direito escrito como um romance em cadeia o qual teria seu fio condutor pautado pela integridade. Tão logo, as proposições jurídicas somente poderão ser tratadas como verdadeiras se constarem, ou se derivarem, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, os quais se oferecem como a melhor interpretação construtiva da prática jurídica. Nisto percebe-se claramente a fixação das bases limítrofes para a discricionariedade interpretativa, pois estariam presentes os pontos em que a interpretação deve ser pautada, fazendo com isto que a integridade trace os caminhos pelos quais a discricionariedade deve seguir. (DWORKIN, 2014)

Nesta esteira, a ideia de efetividade trazida pelas metas, impõe ao julgador mais do que uma discricionariedade ativa. Busca-se, com os mecanismos de nivelamento, uma efetividade processual que não leve em consideração os compassos processuais, atribuindo-se a isto uma sobrelevação do êxito desta produtividade, o que fatalmente resultará em acréscimos significativos aos poderes de escola dos julgadores.

Nestes termos, as bases constitucionais do processo, aqui trabalhadas, deixariam de ser compreendidas como promessas capazes de atribuir um mínimo de restrições à atividade judicial propriamente dita, transformando-se em ferramentas de dominação de uma temporalidade

processual que perdeu o sentido (OST, 1999). Ou seja, a intenção do CNJ com a ação proposta ultrapassaria sua concepção primeira de fomentar uma duração razoável aos processos, transformando-se em instrumento de dominação dos magistrados, dos quais se busca ter maior previsibilidade em relação às suas decisões.

3. A BUSCA POR UMA DURAÇÃO RACIONAL CONDUZIDA PELA TEMPERANÇA

Investiga-se inicialmente se há como atribuir ao direito e ao processo a função de atuarem como mecanismos destinados a salvaguardar o arcabouço de princípios constitucionais, e, simultaneamente, confirmam agilidade à prestação jurisdicional. Assim, em sequência, a análise segue buscando compreender se a temperança, a qual estrutura-se conceitualmente por estabelecer uma sabedoria do tempo que se desenvolve de forma justa frente às peculiaridades envolvidas (OST, 1999), teria em combinação com ideais do direito, o poder de adequar as políticas pública do CNJ para que não seja apenas priorizada a quantidade, mas que também observe a qualidade nos atos judiciais.

Nesta toada, vale mencionar que a compreensão atribuída a combinação de direito e processo aqui trabalhada vem no sentido de estes últimos constituem entre si uma dependência mútua, podendo, com isto serem entendidos como seus próprios contravenenos. À vista disso, seus efeitos, quando em plena combinação, irradiariam orientações com finalidades de diminuir liames discricionários utilizando-se, para tanto, da redução de potenciais excessos, condicionando-se, desta maneira, que o desafio da jurisdição moderna seja tratar em pé de igualdade resultado e procedimento, eficiência e garantias. (RESTA, 2014)

Um bom exemplo disto está no Capítulo I do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (CPC), o qual traz nos seus doze primeiros artigos uma nítida adequação às garantias constitucionais, positivando em lei ordinária todos os princípios até agora tratados, especificamente expostos nos arts. 7º, 9º e 4º. (BRASIL, 2015)

Aprofundando-se neste contexto processual como um implementador das garantias constitucionais, verifica-se, também, que elas constituem-se como um hábil instrumento em busca da eficiência, dado que é, também, por meio dos seus ritos que a o desenvolvimento dos processos, quantitativamente falando, deixa a desejar.

Não obstante, quando deparamo-nos com a afirmação, advinda do senso comum, que atribui a culpa do congestionamento processual, e sua consente lentidão, ao fato de que não haveria *processualmente falando* um enfrentamento desta demora com ferramentas que pudessem fazê-lo em tempo real. Frente a tais sugestões de enfrentamento do problema acabam por desconsiderar que as decisões judiciais encontram-se, progressivamente, menos afiançadas em si mesmas, gerando com isto a inevitabilidade do encerramento das discussões processuais, negligenciando o sentido da busca pela realização da justiça pela decisão. (GARAPON, 1997)

Em sendo assim, o processo estaria diretamente ligado à concepção a qual define justiça como o seu fim institucional. Assim, compete ao juiz, por meio dos princípios processuais,

identificar a razão de ser da forma e até desconsiderar eventuais violações de regras formais vazias de conteúdo, que representem formalismo excessivo, as quais dificultam a eficácia de atender às finalidades do processo, lesando valores inerentes a esse meio de tratamento de controvérsias. À vista disto, o processo se torna polarizado pela tentativa das partes de alcançar a justiça material que entendem ter. Neste ponto é necessário atentar para o valor segurança jurídica assegurada pelo processo; contudo, não se pode deixar que essa preocupação seja confundida com a subserviência ao formalismo excessivo. (BEDAQUE, 2016)

Sob esta perspectiva, o CNJ ao estabelecer metas a serem atingidas pelos juízes deixa de levar em desconsideração diversas e necessárias cadências processuais, estaria com isto impondo uma temporalidade de exceção, a qual tende a impor-se como tempo normal. Desta forma, percorrendo o circuito das formas, dos prazos e dos processos, a urgência imposta apóia-se em um estado de necessidade que ganha *status* de lei, gerando-se assim uma exceção descriteriosamente generalizada. Desta situação inaugura-se uma nova modalidade de insegurança jurídica, produto secundário e indesejável de uma engenharia jurídica cujo ritmo se acelerou.

Em outras palavras, o transitório torna-se habitual, a urgência torna-se permanente, definindo que tudo se passe hoje como se o ordenamento existente fosse tênue e inútil frente aos rearranjos trazidos pelo direito transitório, onde todo o direito se coloca em movimento, erguendo o transitório ao seu estado de normalidade.

Ademais, a urgência conduz a uma simplificação considerável dos procedimentos, abreviando os prazos e contornando as formas. Em consequência disto, se verificam instruções aceleradas e simplificadas dos processos. Finalmente a urgência acarreta outro efeito, qualificado como geral, de abrandamento da norma. Em síntese, o seu resultado seria o de autorizar toda a espécie de ajustes à legalidade, tanto processual como substancial. A decorrência disto advém dos textos que prevêm medidas de urgência são menos rigorosos, gerando interpretações judiciais flexíveis, modificações incessantes, práticas administrativas extensivas. (OST, 1999)

No entanto não se pretende dizer que a efetividade processual é algo que não deve ser almejado, mas sim expor que tal busca, como se apresenta hoje a política judiciária de estabelece e implanta critérios objetivos aos julgadores quando de suas decisões, sem considere as peculiaridades inerentes ao processo, assemelha-se a buscar a vitória de Pirro. Tanto que, por ora, se prega ser efetivo o processo em condições de proporcionar um resultado justo, de forma segura e no menor tempo possível. Desta forma, compreende-se justo o resultado que, na medida do possível, coincida com o que dispõe a regra no plano do direito substancial/material. Ainda, deve se obter tal resultado observando-se a atuação das garantias reguladoras que pautam a ação do Judiciário nacional. (PRIEBE, 2017)

Portanto, a discricionariedade que permite ao julgador adequar regras de direito material caso a caso, tem-se por absolutamente compatível com a observância do contraditório. Assim, o interesse das partes na produção de um resultado justo pela via processual exige a participação do juiz na condução adequada do procedimento, adaptando os trâmites processuais às necessidades dos direitos em litígio. Contudo, essa intensificação da atividade judicante deve sempre ser acompanhada do diálogo entre os sujeitos do processo, de maneira que as decisões judiciais estejam acobertadas pelo efetivo contraditório, o qual assegura às partes melhores condições de influir na convicção do julgador.

Diz-se isso porque o processo de cognição, como instrumento de composição da lide ou o tratamento de conflitos de alta relevância social, exigem, em homenagem à segurança jurídica, o respeito a um sem fim número de garantias cuja observância se faz incompatível com a precipitação. Nesta ordem de ideias, a grande equação reside essencialmente em conciliar os valores trazidos pelas garantias, bem como todas as consequências que deles advêm, com a obtenção de decisão que respeite amplamente o corolário do devido processo legal em todas as suas expressões de garantias de defesa, pois só assim se logrará uma decisão acertada no âmbito de um processo justo. (TUCCI, 1997)

Por conseguinte, o garantismo processual não deve traduzir-se em apego a uma concepção literal dos instrumentos constitucionais representativos sobre o tema, pois isto traria como consequência a ausência de efetividade na satisfação da finalidade a qual se direciona. Neste passo, a correta mensuração do alcance destes princípios e garantias, devendo estes conviver harmoniosamente entre si sem que se verifique sobreposição entre umas e outras, demonstra a legitimidade do condicionamento das atividades das partes no decorrer do procedimento judicial. (LEONEL, 2016)

Para tanto, o próprio contexto legal prevê a possibilidade desse condicionamento quando tipifica a possibilidade de margem a alguns procedimentos especiais, nos quais se percebe uma redução da amplitude do contraditório, da atividade probatória, ou até mesmo da extensão e profundidade da atividade cognitiva do juiz. Logo, a existência destes procedimentos não representa qualquer ofensa às garantias constitucionais do processo, visto que se colocam como alternativas criadas pelo sistema processual para tutelar determinadas situações da vida elencadas pelo legislador, às quais se deve aplicar um tratamento diversificado. Ademais, em tais procedimentos não se elimina por completo a segurança trazida pelas garantias, gerando, em alguns casos, apenas a sua mitigação ou postergação.

Em outras palavras, quando determinado sujeito se vê diante de situação de emergência, faz necessário “o uso da tutela sumária, no mais das vezes em caráter de urgência, o sistema permite que, a bem da preservação do direito feito a valer em juízo, seja o contraditório exercido de modo incipiente ou mesmo postergado”. (EID, 2016, p. 88)

À vista deste contexto exposto, maiores cuidados com a qualidade da instrução probatória não se encontram na pauta do CNJ, visto que anualmente impõe aos magistrados, por meio de metas a serem seguidas, as quais se baseiam em um sistema que só se preocupa com os reflexos quantitativos nos acervos processuais e consequente redução no congestionamento. Para tanto, incentiva-se os juízes a repetir à exaustão que são eles os destinatários finais das provas, bem como os incentiva a expressar que não lhes é obrigado responder a todos os questionamentos das partes se já encontrou fundamentos para decidir. (SICA, 2016)

Sendo assim, parece evidente que o Brasil enfrenta um problema de acesso à ordem jurídica justa, pois não estamos a tratar “apenas de solucionar dificuldades no seio do processo civil ou da estrutura judiciária para permitir que se preste justiça de qualidade, mas também de fazer com que seja possível prestar uma justiça de qualidade a todos os cidadãos do país” (GOMES, 2016, p. 330). Todavia, no atual cenário brasileiro não temos nem uma coisa nem outra.

À vista disto, há que se trabalhar por meio da criatividade e a experimentação ousada para que se consiga compatibilizar dois lados de uma mesma moeda: a crise do processo brasileiro á, a um só tempo, crise decorrente do acesso e a crise do próprio acesso ao Judiciário.

Em meio à variedade de soluções que se apresentam para o processo civil brasileiro, todas têm como inspiração o propósito de elevar o nível do serviço judiciário e de melhor atender às expectativas e demandas da população (GOMES, 2016).

Logo, poder-se-ia considerar a cidadania como um bom remédio a ser testado no enfrentamento dos desvios impostos aos ditames constitucionais em voga que visam atribuir duração artificial. Desta forma, regras que garantam e efetivem um acesso amplo e democrático à justiça, e de fato o traduzam em uma plena cidadania jurídica, contribuiriam emanando uma combinação de veneno e antídoto uma das outras. Nesta busca por uma prestação jurisdicional que visa adquirir os adjetivos de qualidade e quantidade, a temperança passa a ser apresentada como possível mecanismo apto a contribuir com este objetivo.

Contudo, especialmente as metas são apresentadas pelo CNJ como sendo promessa que por si dará conta de responder por todo o congestionamento processual que hoje se apresenta. Todavia, este órgão desconsidera que a promessa transforma-se em ferramenta que domina o futuro, o qual tem como condição intrínseca a incerteza e a insegurança, pois a promessa pretende que tais condições sejam eliminadas.

No entanto, as promessas trazidas por estas ações desconsideram totalmente que a perspectiva positivista adotada pelo CNJ isola o direito social e se abstém de pensar as transições. Isto ganha relevância, pois o direito é sempre uma coleção de instantâneos sucessivos cujo encadeamento nenhum cenário permite compreender, nem ao menos a soberania de uma vontade onipotente.

Desta forma, o Estado, aqui representado pelo órgão administrativo do Judiciário, impõe a sua escala de tempo, os seus ritmos e as suas cadências à sociedade. Porém, o domínio do tempo social que o Estado realiza pressupõe que os avanços sobre si mesmo se conjuguem com o tempo de alternância entre atraso e avanço, o que, definitivamente, não se verifica na política judiciária que por ora se trata.

Sob este raciocínio, sem dúvida a concepção instantaneísta da Constituição é justificada por uma preocupação legítima de assegurar desenvolvimento processual se dê em uma duração que possa ser considerada razoável, garantindo com isto, aos seus destinatários, um mínimo de segurança. Todavia, a técnica utilizada torna esse objetivo amplamente ilusório, pois ao inscrever o processo fora de tempo e fora do tempo social efetivo, estar-se-ia privando-o de potencialidade, qual seja, possibilitar, pensar e regular possíveis mudanças sociais. Ou ainda, a implantação de metas com uma vertente instantaneísta nos levaria a avaliar qualquer mudança regular na forma, independentemente da avaliação da sua legitimidade e dos seus efeitos sociais.

Posto desta forma cabe afirmar a interpretação do direito não se dá em tiras, ou aos pedaços. A interpretação de qualquer texto legal sempre exigirá do intérprete, em qualquer circunstância, que o caminhar do percurso interpretativo comece a partir do texto legal em sentido exclusivo até a Constituição. Logo, um texto legal isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. (GRAU, 2014)

Deste modo, a edição anual das metas, sejam elas específicas ou nacionais, pouco impactará na duração do procedimento, no entanto, há um significativo potencial de impacto em diversos outros comandos constitucionais. Neste diapasão, não se pode deixar de lado o pensamento de que, ao privilegiar um determinado princípio, está, também, fazendo com que os

efeitos deste direcionamento sejam refletidos no mercado. Diz-se isto, pois, “o direito moderno é instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas... Calculabilidade e previsibilidade são por ele instaladas porque sem elas o mercado não poderia existir” (GRAU, 2014).

Por conseguinte, os atuais índices de congestionamento⁶ processual brasileiro o transformam o processo no produtor da própria insegurança. Contudo, os atores mercadológicos necessitam de um cenário juridicamente estável e que responda rapidamente aos conflitos que venham a surgir para que, com isto, possam medir os riscos dos investimentos que poderão ser desenvolvidos no país. Assim, uma Administração judiciária que proporcione certo grau de estabilidade na garantia e execução de contratos age como uma das molas mestras para o desenvolvimento nacional, e, conseqüentemente, social. (GRAU, 2014)

Nesta senda, o posicionamento do CNJ em sobrelevar o conceito da razoável duração a ponto de justificar, em nome da Justiça, uma quase arbitrariedade judicial, está entre os mais bem acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista. Dado que vincular a edição de metas a um princípio com tamanha relevância é mais justo, encanta, fascina e legitima tal modo de condução do gerenciamento da máquina judicial. (PRIEBE; SPEGLER, 2016)

Sob esta perspectiva, percebe-se uma notável colisão entre a fundamentação do CNJ e as algumas proteções fundamentais ao processo. Fala-se em colisão da fundamentação e garantias, pois, como anteriormente referido, não se pode levantar eventual colisão entre a duração razoável com os outros princípios processuais abordados. Tanto que um trilhar processual sem dilações indevidas é tido como corolário do princípio do devido processo.

Contudo, a situação não se verifica quanto à colisão de regras, pois como determina o CPC no artigo 1º, “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” (BRASIL, 2015). Entretanto, como se pôde constar, as metas vão de encontro com o sentido amplo atribuído principalmente ao contraditório e ampla defesa.

Neste passo, este conflito entre regras somente poderia ser solucionado se fosse introduzido, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida, não sendo este o caso. Desta forma,

[...] pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. (ALEXY, 2008, p. 92)

6 O atual relatório disponibilizado pelo CNJ aponta uma taxa de 68,5% de congestionamento no Poder Judiciário brasileiro. (CNJ, 2020)

Cabe frisar que, ao editar as metas, em momento algum o CNJ atribuiu expressamente efeito vinculante a estas, ou seja, servem atualmente como instrumento de referência ao que pode ser considerado como duração razoável para este órgão. Contudo, ao definir que o seu cumprimento está umbilicalmente ligado ao critério com maior peso na avaliação para promoção de magistrados, e, ainda, que este cumprimento será o balizador para o recebimento ou não da gratificação por cumulação de função, está o referido órgão, por meio de uma fundamentação sedutora, mandando uma mensagem direta a todos os magistrados, dispondo que devem, sim, cumprir todos os prazos estabelecidos pelas metas. (PRIEBE, 2017)

Entretanto, neste caso aqui apresentado, ou seja, o determinismo instituído pela promessa de futuro trazida pelas metas, entende-se que o mecanismo capaz de romper com isto é a adoção de um o tempo questionamento, o qual teria a finalidade de desobrigar o futuro por meio de ações emancipador do determinismo das metas. (OST, 1999) Sendo assim, não se pode admitir que o CNJ busque a solução para a crise do congestionamento do Judiciário por meio de mecanismos que afetem principalmente os usuários deste serviço público.

Desconsideram, com isto, que “a regra e a sanção não são, pois, nem específicas do direito, nem a sua manifestação originária: com efeito, existem ordens jurídicas desprovidas de normas escritas e em que prevalecem formas indirectas (*sic*) e difusas de sanção” (OST, 1999, p. 252). Fala-se aqui, de pluralismo jurídico, entendido “como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, 2001, p. 219).

Destaca-se também que o pluralismo jurídico por si só não irá dar conta de responder satisfatoriamente ao cenário de congestionamento processual atualmente instalado no Brasil, contudo, acredita-se que este caminho esteja muito mais alinhado às disposições constitucionais do que edições anuais de metas niveladores tais como atualmente apresentadas.

Frente a toda exposição até aqui feita, resta claro somente ser “possível exprimir o direito dando tempo ao tempo” (OST, 1999, p. 14), passando por isso a questão dos inúmeros ritmos que o direito institui e é instituído, podendo pinçar algumas principais delas, tais como os princípios do contraditório, ampla defesa, a própria razoável duração do processo, que juntamente com outros, compõem o sentido de devido processo.

Portanto, ao fim, sustenta-se que dando tempo ao tempo, principalmente quando se trata de garantias fundamentais que busca dar uma resposta ao jurisdicionado dentro de um prazo razoável, configura-se como um interessante instrumento que respeita as demais temporalidades processuais constitucionais, possibilitando com isto que CNJ repense suas políticas públicas, especialmente as metas de julgamento, a partir deste conceito em busca de métodos que tragam a eficiência quantitativa sem que o impacto disto reflita de modo negativo.

4. CONCLUSÃO

Frente ao complexo contexto delineado a qual surgem potenciais conflitos entre ações administrativas jurisdicionais e proteções procedimentais constitucionalmente positivadas, acredita-se que o sentido atualmente atribuído pelo CNJ a razoável duração dos processos deve ser revisto, e, deixado de lado a atual concepção simplista de um mero comando constitucional que determina que atos, processos e procedimentos sejam cumpridos em uma velocidade compatível ao mercado.

Com isso, a expressão “a seu tempo”, definitivamente não se traduz em uma temporalidade que conduza ao perpétuo, nem ao menos uma temporalidade que se relacione com o instantâneo. Deve, no entanto, esta temporalidade respeitar a duração indispensável para que seja feita uma necessária reflexão pela sociedade sobre a estruturação do futuro que queremos.

Sendo assim, no decorrer da pesquisa pôde ser constatado que o remédio que reconduzirá a Jurisdição a um sentido de temperança passa, também, por uma aproximação da relação entre direito e processo, os quais deverão atuar visando adequar as legislações infraconstitucionais aos sentidos exarados pelos princípios constitucionais a elas pertinentes.

Buscando objetivamente responder ao objetivo geral que delineou os caminhos a serem seguidos com esta pesquisa, qual seja, a investigação das ações que compõem os atos administrativos jurisdicionais que fixam critérios prévios de julgamento estão aptos a assegurar uma temporalidade processual de maneira que, simultaneamente, sejam respeitados os delineamentos constitucionais, concluiu-se que, como atualmente encontram-se estabelecidos há uma preocupação extrema por uma atuação quantitativa da Jurisdição, pois deixa de considerar situações em que o julgador necessitará fazer concessões que privilegiem o alongamento do processo.

Portanto, concluiu-se que as atuações do CNJ, como estão, somente beneficiam a baixa processual sem que seja levado em consideração o próprio contexto complexo do princípio da razoável duração dos processos, o qual não prima pelo determinismo de aceleração, assim como dá a entender a atual política de metas. Há que se ter claro que baixa de acervo processual e/ou baixa no índice de congestionamento da máquina processual, não garante que os processos passarão a ganhar um ritmo que agrade a sociedade e ao mercado. Portanto, identifica-se uma necessidade premente de que o CNJ rediscuta suas ações e construa novos caminhos que levem em conta a sinergia entre ações e normas/legislações positivadas.

Do mesmo modo, buscando responder o problema justificador deste estudo, concluiu-se que a hipótese foi confirmada, pois foi constatado que o aumento artificial da celeridade dos processos, induzido por incentivos subjetivos e objetivos na carreira dos magistrados, acaba por ensejar distorções do na plenitude do amadurecimento no convencimento do julgador durante o desenrolar do processo.

Neste passo, concluiu-se que a garantia da razoável duração dos processos encontra-se umbilicalmente ligada a tal contexto, dado que é por meio dela que se garante que esta temporalidade não seja uma temporalidade vulgar, mas sim uma temporalidade que respeite as sutilezas dos casos concretos, assim como respeite a cadência processual reconhecida constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *In: Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. BEDAQUE, J. R. S.; CINTRA, L. C. B.; EID, E. P. (Coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Código de Processo Civil**. CPC. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21jul. 2021.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei Complementar nº 35 de 1979**. Lei Orgânica da Magistratura Nacional. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 21jul. 2021.
- CAMPOS, Ana Maria. Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português? *In: Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, 24(2)30-50, fev/abr. 1990, p. 1-23. Disponível em: <https://accountabilityadmpublica.wikispaces.com/file/view/Accountability+-Quando+poderemos+traduzi-la+par+o+portugu%C3%AAs+-+Anna+Maria+Campos.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.
- C.N.J. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 21jul. 2021.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- EID, Elie Pierre. Limites à tutela sumária. *In: Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. BEDAQUE, J. R. S.; CINTRA, L. C. B.; EID, E. P. (Coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GARAPON, Antoine. **Bem Julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Piaget, 1997.
- GOMES, Adriano Camargo. A crise do processo e o julgamento de recursos especiais repetitivos. *In: Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. BEDAQUE, J. R. S.; CINTRA, L. C. B.; EID, E. P. (Coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2014.
- HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Dworkin versus Cappelletti: qual o modelo de juiz adequado ao Estado Democrático de Direito? *In: Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, n. 36, Jul-Dez 2011. P. 80-94.
- LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional. *In: Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. BEDAQUE, J. R. S.; CINTRA, L. C. B.; EID, E. P. (Coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- LOURENCINI, Antônio Rogério; COSTA, Yvete Flávio da. O conteúdo mínimo da fundamentação das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 161-187, abr. 2018. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/56981>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 3ª ed. São Paulo: ed. RT, 2015
- OST, François. **O Tempo do Direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999.
- PRIEBE, Victor; SPENGLER, Fabiana Marion. A razoável duração do processo na Jurisdição brasileira. *Revista eletrônica de direito processual*, v.18, n.2, p.165-191, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/27010>. Acesso em: 21 de jul. 2021.
- PRIEBE, Victor Saldanha. Júpiter, Hércules ou Hermes: Reflexões acerca do liame discricionário interpretativo de cada um. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Rio De Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. Maio a Agosto de 2020. P. 377-396. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/50807>. Acesso em: 22 jul. 2021.

PRIEBE, Victor; SPENGLER, Fabiana Marion. Resoluções 125/2010 e 194/2014 do CNJ: políticas públicas em prol da razoável duração dos processos por meio da qualidade na prestação jurisdicional e desenvolvimento social. **Revista Jurídica Direito & Paz**, v.35, p.320-336, 2016. Disponível em: <https://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/497>. Acesso em: 21 de jul. 2021.

PRIEBE, Victor Saldanha. **Tempos do Direito**: a razoável duração do processo sob a ótica do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017

RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Trad. Fabiana Marion Spengler. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014.

ROSA, Alexandre Moraes da. Franchising judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo? In: ABDCONST. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDCONST**. 2010. P. 131-142. Disponível em: <http://abdcnst.com.br/revista3/alexandrerosa.pdf>. Acesso em: 21jul. 2021.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil**: a sumariedade material da jurisdição. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Dianifer Moraes dos; SCHWANTES, Helena; PRIEBE, Victor Saldanha. O Juiz como terceiro interessado no célere tratamento do conflito. In: **O conflito e o terceiro**: mediador, árbitro, juiz, negociador e conciliador. Org. Fabiana Marion Spengler, Theobaldo Spengler Neto. Santa Cruz do Sul : Essere nel Mondo, 2018.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. In: **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. BEDAQUE, J. R. S.; CINTRA, L. C. B.; EID, E. P. (Coord). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as “dificuldades epidêmicas” do decidir. In. STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K. (org.) **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117-139.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** - decido conforme minha consciência? 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Assento regimental nº 01/2013-OE**. (Órgão Especial). 2013. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/publicacoes/publ_adm_xml/documento1.php?cc=23&ct=9&ap=2013&np=1&sp=1. Acesso em: 21 jul. 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 04/01/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 04/01/2022
- Avaliação 1: 07/01/2022
- Avaliação 2: 16/06/2022
- Decisão editorial preliminar: 16/06/2022
- Retorno rodada de correções: 24/07/2022
- Decisão editorial/aprovado: 24/07/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF APPEAL DIALETICITY BEFORE THE DEFENSIVE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURTS AND THE CONSTITUTIONAL MODEL OF THE PROCESS

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS¹
LAÍS ALVES CAMARGOS²
LUCAS LAFETÁ LOPASSO³

RESUMO

O presente estudo propõe-se à análise do princípio da dialeticidade recursal, sob o enfoque da estrutura dialética do processo e do modelo participativo instituído pelo Código de Processo Civil de 2015. O fito é aferir os riscos de sua aplicação pelos Tribunais Superiores, frente à prática da jurisprudência defensiva pelas Cortes, isto é, a restrição ilegítima ao direito de recorrer, consubstanciada em um desproporcional apego

1 Coordenador do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC. Editor Chefe da Revista Jurídica Meritum. Professor da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, aonde é docente permanente da Graduação, Especialização e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD), desde 2009. Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, aonde também exerce o Magistério como Professor convidado (desde 2005). Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal). Fundador e Coordenador Geral do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Associado e Diretor Departamental do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI). Membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (1998). Associado fundador do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Associado do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (desde 1993). Advogado licenciado, filiado a Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional Minas Gerais), desde 1998. Gestor da Biblioteca Desembargador Pedro Henriques de Oliveira Freitas (com mais de 6.000 títulos nacionais e internacionais). Livros jurídicos e Artigos científicos publicados no Brasil e na Europa (desde 1998), com textos citados em bases bibliográficas e jurisprudenciais diversas. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais (SEER IBICT / QUALIS CAPES). Participação ativa em Congressos Nacionais e Internacionais. Dupla cidadania (Brasil/Itália). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-7198-4567>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

FREITAS, Sérgio Henrique Zandona; CAMARGOS, Laís Alves; LOPASSO, Lucas Lafetá. A aplicação do princípio da dialeticidade recursal frente à jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e o modelo constitucional do processo. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 103-119, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9122>.

aos seus requisitos formais, a partir de interpretações e aplicações deturpadas de enunciados jurídicos-normativos, com o objetivo de reduzir a carga de trabalho imposta ao Poder Judiciário, sobretudo em relação à interpretação conferida ao artigo 489, parágrafo primeiro, inciso IV do CPC/15.

Palavras-chave: Princípio da dialeticidade recursal; Processo Constitucional; Jurisprudência defensiva.

ABSTRACT

This study aims to analyze the principle of dialecticality of appeal, under the focus of the dialectical structure of the process and the participatory model established by the CPC/15, in order to assess the risks of its application by the Higher Courts, against the practice of defensive jurisprudence by the Courts, that is, the illegitimate restriction on the right to appeal, consolidated in a disproportionate attachment to its formal requirements, based on distorted interpretations and applications of legal-normative enunciations, with the purpose of reducing the workload imposed on the Judiciary, especially in relation to the interpretation given to article 489, first paragraph, item IV of CPC/15.

Keywords: *Dialecticality of appeal principle; Constitutional Process; Defensive jurisprudence.*

1. INTRODUÇÃO

Preceitua o artigo 932, inciso III do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) que o relator não conhecerá do recurso quando este não impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida (BRASIL, 2015). A doutrina costuma atribuir a esta exigência o nome de princípio da dialeticidade recursal (NUNES, 2006, p. 101), que busca impedir a mera reprodução automática pelos advogados das razões expostas perante o juízo de primeiro grau. Questiona-se, contudo, se a aplicação do referido princípio pelos Tribunais Superiores não promoveria uma forma sofisticada de jurisprudência defensiva, afastando-se do seu principal objetivo (NUNES; VIANA, 2017).

Nesse sentido, o presente trabalho se justifica pelo fato da jurisprudência defensiva ter sido objeto de preocupação do legislador na elaboração do CPC/15, o que é facilmente inferido da leitura da sua Exposição de Motivos, que exalta a necessidade da criação de obstáculos ao exercício deste apego desmedido à forma, sobretudo quando é apontada a importância da apreciação de mérito pelos Tribunais Superiores de recursos que veiculem questões ditas relevantes, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade – estes, ditos menos importantes (BRASIL, 2010a, p. 31).

2 Mestre e bacharel em Direito Público (Instituições Sociais, Direito e Democracia) pela Universidade FUMEC/MG (Defesa de dissertação aprovada com distinção em junho de 2020). Pesquisadora, Coordenadora Adjunta e Editora Chefe das Revistas do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Coordenadora dos encontros do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO) registrado no CNPq e integrante do Observatório de Pesquisa (projeto da Processualistas vinculado ao Grupo de Pesquisa Processo Civil Contemporâneo da Universidade Federal do Ceará certificado no CNPq). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade FUMEC. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade de Direito Milton Campos (2011) e em Direito Processual Civil pelo Ius Gentium Conimbrigae (IGC) (Portugal) e Centro Universitário UNA (2012) - dupla titulação. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais. Associada do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Assessora do Desembargador Rogério Medeiros na 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5726-5075>.

3 Graduando em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC (2017). Estagiário da Vitor Lanna Advogados. Foi bolsista do Programa de Pesquisa e Iniciação Científica (ProPIC) da Universidade FUMEC. É membro dos grupos CNPq "Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO)" e "Grupo Diálogos Constitucionais e(m) crise de efetividade: Análise de institutos de Direito Público e de Direito Privado" na mesma instituição. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8123-5033>.

Assim, na segunda seção, promove-se uma análise do recurso sob o viés da Teoria do Processo Constitucional Democrático, afastando-se da noção instituída pela dogmática tradicional, buscando ainda uma conceituação do juízo de admissibilidade dos recursos, a partir dos pressupostos, previstos na legislação infraconstitucional, que são necessários à reapreciação da decisão impugnada por outro órgão jurisdicional.

Ainda, analisar-se-á as implicações práticas do princípio da dialeticidade recursal como requisito de admissibilidade dos recursos, sob a luz da Constituição da República e os princípios nela estatuídos e inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Outrossim, serão objeto de análise as diversas nuances que envolvem a estrutura dialética do processo e o modelo participativo instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, a que se insere o princípio da dialeticidade recursal.

Objetiva-se também conceituar a prática da jurisprudência defensiva, inclusive considerando os mecanismos de combate desta restrição ilegítima ao direito de recorrer, introduzidos pelo Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, propõe-se a análise da aplicação do princípio da dialeticidade recursal pelos Tribunais Superiores, em paralelo com a interpretação dada pelas Cortes ao artigo 489, parágrafo primeiro, inciso IV, do CPC/15.

O foco hermenêutico terá como marco teórico o Processo Constitucional no Estado Democrático de Direito, trazida ao Brasil por José Alfredo de Oliveira Baracho (1984) e desenvolvida por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Para tanto, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica por meio do método dedutivo.

2. DO DIREITO AO RECURSO

É frequente na dogmática tradicional que o direito ao recurso seja associado à ideia de uma irresistível inclinação humana, concebida de maneira natural e, portanto, intuitiva, ao inconformismo, diante de um primeiro pronunciamento judicial que lhe é dado, em prejuízo de seus interesses. Nada obstante, costuma-se atribuir a origem dos recursos, além desse inconformismo originário, à possibilidade de erro da atividade judiciária, que não escaparia da falibilidade inerente aos indivíduos.

Araken de Assis, por exemplo, concebe o recurso como consectário lógico da tendência humana à indignação, além de uma verdadeira forma de reparação dos erros inerentes à falibilidade do julgador, afirmando que a possibilidade de impugnação do ato decisório, se não assegura o aprimoramento do ato, maximiza a possibilidade de pacificação entre os litigantes (ASSIS, 2007, p. 31).

Todavia, a partir da teoria do processo constitucional (marco teórico da presente pesquisa), que se concretiza com a tutela da supremacia constitucional desaguando na proteção dos direitos fundamentais, o direito ao recurso assume destaque no devido processo constitucional.

José Alfredo de Oliveira Baracho, pesquisador e constitucionalista mineiro, elucidou, a partir do pioneiro estudo da interlocução Constituição e Processo, a teoria constitucionalista

do processo, acolhida com paridade pelo jurista mexicano Hector Fix-Zamudio (FIX-ZAMUDIO, 1974; FIX-ZAMUDIO, 1975; FIX-ZAMUDIO, 1982; FIX-ZAMUDIO, 1988) — que resplandeceu o instituto por meio das várias obras e artigos dedicados ao assunto —, e que, só recentemente, sob a denominação de “modelo constitucional” do Processo, ficou explícito seu desmembramento, nas reflexões dos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (ANDOLINA; VIGNERA, 1990), quando afirma que o processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório (BARACHO, 1984, p. 122-126).

Importante salientar que, para José Alfredo de Oliveira Baracho:

O Processo Constitucional efetiva-se através [...] da consagração dos procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas. Em todas essas circunstâncias deve-se assegurar a efetiva igualdade das partes, em todas as fases de atuação no processo. Os princípios do devido processo legal, da defesa em juízo e do acesso à justiça foram elevados à categoria de disposições internacionais (BARACHO, 2004, p. 72).

Faz-se também oportuna e adequada a introdução às reflexões pertinentes acerca da função jurisdicional no Estado, a que subsequente se apresenta, perpetuando os ensinamentos do jurista brasileiro Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, referência nacional e internacional por seus estudos sobre o Processo Constitucional, que afirma:

[...] na concepção principiológica e constitucional de Estado Democrático de Direito, a chamada função jurisdicional ou simplesmente jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a indispensável garantia do devido processo constitucional. Em outras palavras, a jurisdição somente pode ser desenvolvida ou prestada por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, entre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, **com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes**, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais com base no ordenamento jurídico vigente (princípio da legalidade ou da reserva legal), com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o direito. É o que a doutrina italiana chama de modelo constitucional do processo. – grifos nossos (BRÊTAS, 2006, p. 225).

O mesmo autor, completando o raciocínio, afirma que:

[...] no Brasil, a rigor, toda jurisdição é constitucional, pois os órgãos jurisdicionais, quaisquer que sejam, não só podem como devem apreciar e decidir as questões constitucionais suscitadas em qualquer processo, nos casos concretos levados à sua apreciação para julgamento; a partir daí, lógica e consequentemente, todos os órgãos jurisdicionais são (ou devem ser) órgãos da jurisdição constitucional. (BRÊTAS, 2004, p. 92).

Sob o enfoque do Processo Constitucional e do Devido Processo Constitucional, portanto, o conceito do direito ao recurso assume uma nova roupagem constitucional e de preceito fundamental para efetivação da jurisdição.

Resta patente, nesse sentido, a necessidade de se desvincular o instituto do recurso da noção corrente na doutrina de um simples meio técnico de manifestação do suposto inconfor-

mesmo natural dos indivíduos, como se os direitos fundamentais do processo fossem direitos materiais inatos ou até mesmo historicamente humanos.

Com estes apontamentos, pode-se definir o recurso como direito fundamental de impugnação das decisões judiciais, elencadas na legislação como suscetíveis de reversibilidade, de natureza voluntária, garantido e assegurado por norma fundamental, interno ao processo – isto é, que promove o seu prolongamento, sem a inauguração de outra relação processual – que visa um novo pronunciamento judicial, apto a reformar, integrar ou invalidar o anterior.

Em qualquer hipótese de exercício do direito ao recurso – que, conforme foi visto, é assegurado e concretizado pela via da norma fundamental –, sujeita-se o recorrente ao atendimento de determinados pressupostos, previstos na legislação infraconstitucional, necessários à repreciação da decisão impugnada por outro órgão jurisdicional.

Nada obstante, é cristalina a correlação existente entre os requisitos de construção do processo e os requisitos de manifestação e atuação dos recursos, no que pese ao estabelecimento de determinadas condições para que possa ser apreciado o *meritum causae*, sendo a primeira justificada por fato anterior e exterior ao processo, e a segunda pautada em processo já existente, posto que o prolonga.

Desta preocupação, sem adentrar nas filigranas das diferenciações formais que a lei estabelece para ambos os casos, infere-se que todo ato jurídico postulatório processual é sucedido por um juízo de admissibilidade, no tocante à forma de verificação sobre a sua própria possibilidade e validade, de modo que não há como um prolatar uma resposta sobre qualquer pedido jurisdicional, sem antes realizar o exame de validade do cumprimento dos requisitos de formalidade do próprio pedido (LEMOS, 2016, p. 211).

Cabível salientar, entretanto, que a lei impõe uma série de condições formais para que o direito ao recurso seja exercido.

Assim, seriam pressupostos intrínsecos do direito de recorrer: (a) cabimento; (b) interesse recursal; (c) legitimidade recursal; (d) inexistência de fatos jurídicos obstativos do recurso.

Quanto aos pressupostos extrínsecos do direito de recorrer, seriam estes: (i) regularidade formal; (ii) tempestividade; e (iii) preparo.

Nesse bojo de ideias, dispõe o artigo 932 do CPC/15, em seu inciso III, que o relator não conhecerá do recurso, quando este for “inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida” (BRASIL, 2015).

Veja-se, da leitura do referido dispositivo, que a lei processual parece não admitir o recurso cujos fundamentos não revelam confronto direto com o mérito da decisão.

Semelhante previsão é encontrada no parágrafo primeiro do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015, que trata especificamente do meio recursal denominado agravo interno, cabível em face de decisão monocraticamente proferida pelo relator, que exige do recorrente, na elaboração da sua petição, a mesma impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada a que se refere o inciso III do artigo 932.

Para melhor compreensão deste fundamento, entretanto, impõe-se o estudo da chamada dialeticidade recursal.

3. DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL

Uma vez divorciado o instituto do recurso da noção imposta pela dogmática tradicional de simples escoadouro do inconformismo das partes, a partir da criação de um espaço procedimental recursal com possibilidade de contraditório e ampla defesa, ganha destaque a questão atinente à discursividade do seu conteúdo.

Nesse contexto, impõe-se a necessidade de que o recurso seja discursivo, ou seja, que o recorrente impugne, de maneira específica, os termos da decisão objurgada, não sendo suficiente a mera irrisignação com o ato judicial, sem o devido apontamento dos seus fundamentos fáticos e jurídicos, sob pena de ser inadmitido. Tal concepção é consubstanciada, em grande parte da doutrina, sob a denominação de princípio da dialeticidade recursal (NUNES, 2006, p. 101).

Estabelece o princípio da dialeticidade recursal, delineador do instituto do recurso no sistema processual pátrio, que devem ser apontados pela parte recorrente os motivos de fato e de direito pelos quais se requer um novo pronunciamento acerca da questão debatida, indicando o desacerto da decisão a que se recorre, sem que isso implique na mera reprodução automática dos argumentos tecidos na fase postulatória.

E, muito embora as supramencionadas redações do inciso III do artigo 932 e parágrafo 1º do artigo 1.021 do CPC/15, pudessem apontar para a ideia de que a imposição da dialeticidade poderia assumir a forma de um requisito próprio de admissibilidade dos recursos, entende Dierle José Coelho Nunes que a discursividade é um pressuposto da sua regularidade formal, requisito extrínseco de admissibilidade (NUNES, 2006, p. 102).

Corroborando com este entendimento, Flávio Cheim Jorge também afirma que “a violação do princípio da dialeticidade fará com que o recurso não seja admitido por falta de regularidade formal” (JORGE, 2011, p. 221)

Sob um viés eminentemente prático, a intenção desta exigência não poderia ser mais evidente: busca-se impedir a cópia pelos advogados do conteúdo de peças anteriormente elaboradas, com eventuais trocas de nomes, que resulta em uma desnecessária repetição de teses já suscitadas, sem qualquer esclarecimento acerca das razões diretas e específicas de sua irrisignação com a decisão combatida.

Ademais, percebe-se que a possibilidade de não conhecimento do recurso, prevista de maneira expressa no Código de Processo Civil de 2015, em razão do descumprimento do ônus imposto às partes de que os fundamentos recursais estejam associados aos termos da decisão recorrida, parece estar amparada no argumento de que a ausência de discursividade do recurso impediria ou dificultaria o exercício pleno à defesa da parte contrária (WAMBIER, 2015, p. 1.327).

Nesse sentido, a razão de ser do princípio da dialeticidade recursal parece remeter à existência de um caráter de síntese da sentença, capaz de criar uma unidade a partir do embate entre os opostos. Em outras palavras, pode-se dizer que, da afirmativa da parte autora em sua petição inicial (tese), seguida pela negativa da parte ré em sua peça de contestação (antítese), resulta o ato decisório (síntese), cuja fundamentação vincularia o recorrente, na elaboração de suas razões recursais.

Com efeito, a ideia central da dialética estaria relacionada a uma construção lógica e racional que pretende apreender o real em sua totalidade pela lógica do conflito, o que tornaria a estrutura processual essencialmente dialética (BUSSINGUER; SILVA; ZAGANELLI, 2020, p. 147-148).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, assumindo semelhante posição, sustenta que os argumentos e contra-argumentos das partes são notas acentuadas do procedimento em contraditório. Afirma então o autor:

Atentos a essas formulações teóricas, na tentativa de se estabelecer distinção técnica entre argumentos e questões e suas correlações com os princípios do contraditório e da fundamentação chegamos à conclusão de que, no processo, as *razões de justificação* (argumentos) das partes, envolvendo as *razões de discussão* (questões), produzidas em contraditório, constituirão base para as *razões da decisão*, e aí encontramos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático (BRÊTAS, 2018, p. 183).

Reconhecido esse caráter dialético do processo, fica evidente que o princípio da dialética recursal impõe um verdadeiro ônus argumentativo às partes. “Argumentar”, aqui, pode ser definido como ato de fornecer fundamentos que permitam classificar como justificada, pertinente ou discutível uma determinada afirmação, nos dizeres de Karl Larenz (LARENZ, 1997, p. 212).

Nada obstante, a exigência da discursividade do recurso se insere no modelo participativo do processo instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, concretizado pelo efetivo contraditório, a partir da redação do seu artigo 6º, pelo qual “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

Nas palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho, “o direito ao contraditório decorre da exigência de coparticipação paritária das partes no procedimento formativo do decisum.” (BARACHO, 2004, p. 79).

Aqui vale também o destaque na obra de Cattoni de Oliveira, lembrando lições de José Alfredo de Oliveira Baracho (BARACHO, 2006, p. 46-49), da importância do “modelo constitucional do processo”, estruturado nos princípios do *due process*, do contraditório, da ampla defesa, do direito à prova, do juízo natural, independente e imparcial, da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, da publicidade, da instrumentalidade técnica do processo, da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 74-75).

Assim, no modelo participativo de processo, atenta aos inúmeros desvios jurisdicionais dos preceitos normativos, a legislação processual assume uma postura contrafática, implementando “comportamentos mais consentâneos com as finalidades de implementação de efetividade e garantia de nosso modelo processual constitucional” (NUNES, 2015, p. 51).

Ora, não há dispositivo mais representativo dessa postura contrafática, do que o parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, que se presta justamente à enumeração de hipóteses em que as decisões judiciais não seriam tidas por fundamentadas, a exemplo do não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, consagrado no seu inciso IV (BRASIL, 2015).

Atentos a esse novo contexto, há autores que afirmem a existência de uma “assimetria condicionada” entre o juiz e as partes, imposta pelo CPC/15, a exemplo de Ravi Peixoto, sob o pretexto de que, a partir da nova legislação processual, a fundamentação das decisões judiciais estaria necessariamente vinculada ao diálogo travado entre autor e réu, não podendo mais o julgador optar pela análise de determinados argumentos das partes, em detrimento de outros (PEIXOTO, 2013, p. 96).

Nada obstante, referido entendimento desagua na concepção que a exigência da dialeticidade recursal constitui uma espécie de “espelho” do condicionamento da atividade jurisdicional aos argumentos das partes, compreendido como exigência de fundamentação analítica das decisões judiciais, como apontam Fredie Didier Júnior e Ravi Peixoto:

Tudo isso parece significar que o art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC, que exige uma justificação analítica das decisões judiciais, compreendido a partir do art. 6º do CPC, serve como base normativa para o reconhecimento de um ônus de justificação analítica de todas as postulações formuladas pelos demais sujeitos processuais. As partes – autor, réu, *amicus curiae*, Ministério Público na função de fiscal da ordem jurídica, todos que participam do processo – devem, igualmente, justificar analiticamente cada uma de suas postulações (DIDIER JR; PEIXOTO, 2018, p. 5).

Muito embora se reconheçam os nobres fins a que se vinculam essas teses, cabe ainda questionar se a aplicação do princípio da dialeticidade recursal encontra-se, de fato, alinhada com a concretização efetiva do modelo participativo do processo instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, ou se, ao contrário, fora subvertida em uma nova e repaginada forma de jurisprudência defensiva. Para tanto, surge a necessidade de uma maior deliberação a respeito do que se pode definir como a prática da jurisprudência defensiva.

4. DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Na doutrina tradicional, em que a construção da atividade decisória guarda relação direta com a sensibilidade e sapiência do julgador, a acepção de uma “jurisprudência defensiva” guarda consigo um contorno especialmente paradoxal, que causa certa estranheza: o que se infere do conceito, de imediato, é que haveria uma espécie de resistência dos órgãos jurisdicionais em relação aos litígios submetidos ao seu crivo.

Tal resistência afloraria, por outro lado, de um contexto vivido por estes Tribunais Superiores, relativo a uma excessiva carga de trabalho, oriunda de um crescimento vertiginoso da litigiosidade e, por consequência, do número de recursos aviados, desproporcional às suas capacidades.

O que se pode observar a partir das pesquisas realizadas é a existência de um ciclo que se inicia com o exorbitante ajuizamento de demandas, seja pelo excesso de litigiosidade verificável na tradição brasileira, seja pelo uso predatório da jurisdição em evidente má-fé. Como decorrência, há acúmulo de processos que, por sua vez, gera morosidade na prestação jurisdicional, ocasionando, por parte dos julgadores, a busca por mecanismos de rápida eliminação dos processos, ainda que de maneira subconsciente, a fim de dar concretude à razoável duração dos procedimentos.

Criam-se, assim, entraves com o fim de obstaculizar, em especial, o exame de mérito dos recursos dirigidos aos Tribunais, por meio da aplicação de excessiva rigidez na análise dos requisitos de admissibilidade recursal, fazendo surgir a jurisprudência defensiva. (CAMARGOS; MIRANDA, 2022, p. 55).

Em razão desse cenário, com o escopo de desafogar sua carga de trabalho, os Tribunais Superiores teriam concebido uma forma de jurisprudência que, ao revés da análise do mérito recursal, se prestaria ao não conhecimento da maioria dos recursos de forma automatizada, a partir de uma valorização não só exagerada, mas sobretudo distorcida de seus requisitos formais, incorrendo em uma espécie de “utilitarismo judicial”.

Em síntese, portanto, tratar-se-á a jurisprudência defensiva da

[...] análise ritualística e meramente formal dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos dos recursos pelos tribunais, principalmente superiores, com a finalidade de reduzir o número de julgamentos e processos em nome de uma pretensa celeridade, duração razoável do procedimento e efetividade (RABELO; MUNDIM; PAOLIELLO, 2020, p. 343-344).

Referido anseio por uma jurisdição-relâmpago, que concebe a inadmissibilidade recursal com base em uma eficiência meramente quantitativa do sistema pela jurisprudência defensiva, desconsidera a noção de que o processo, no Estado Democrático de Direito, é uma instituição jurídico-linguística constitucionalizada de implementação de direitos fundamentais regida pelos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia (RABELO; MUNDIM; PAOLIELLO, 2020, p. 344-345).

Assim, sob o manto de uma suposta eficácia processual, para o bem da sociedade brasileira, com o fito de maximizar a felicidade geral da população, os Tribunais Superiores sacrificariam a maioria dos processos submetidos ao seu julgamento, a partir da criação de obstáculos intransponíveis à análise de mérito dos recursos.

A jurisprudência defensiva foi objeto de preocupação do legislador na elaboração do Código de Processo Civil de 2015, o que é facilmente inferido da leitura da sua Exposição de Motivos, que exalta a necessidade da criação de obstáculos ao exercício deste apego desmedido à forma, sobretudo quando é apontada a importância da apreciação de mérito pelos Tribunais Superiores de recursos que veiculem questões ditas relevantes, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade – estes, ditos menos importantes (BRASIL, 2010a, p. 31).

Como apontam Júlia Gomide Antunes Rabelo, Luís Gustavo Reis Mundim e Pedro Henrique Lacerda Paoliello:

Alinhado à perspectiva constitucional de processo, o acesso à jurisdição democrático passa a conceber diversos aspectos que abrangem toda sistemática processual, mas, principalmente, o direito ao julgamento do mérito. Referido acesso é concebido a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, o qual preconiza que a função jurisdicional não pode deixar de prevenir lesão ou ameaça a direitos (RABELO; MUNDIM; PAOLIELLO, 2020, p. 346).

Justamente nesse contexto, prevê o CPC/15 em seu artigo 4º que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (BRASIL, 2015).

Longe de se esgotar em um mero exercício retórico, a árdua empreitada do legislador pode ser facilmente visualizada em alguns dos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, que busca objurgar justamente as práticas tão recorrentes dos Tribunais no período anterior à sua vigência.

Cita-se, como exemplo, o parágrafo único do artigo 932, que inova ao prever expressamente a necessidade prévia intimação do recorrente no prazo de 5 (cinco) dias, para sanar vício ou complementar documentação exigível, antes de se declarar inadmissível seu recurso (BRASIL, 2015).

Ocorre que, mesmo diante de normas do Código de Processo Civil de 2015 que se prestam à contenda da prática da jurisprudência defensiva, as Cortes Superiores insistem em realizar interpretações distorcidas de diversos dispositivos da legislação processual, subsistindo o risco de que o rol de “defensividades” seja ampliado, muito embora tenham estas sido objeto de enfrentamento pelo legislador.

5. DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Como foi dito, o princípio da dialeticidade recursal encontra-se imerso na proposta da criação de um modelo participativo de processo, sendo perceptível que a instituição desse ônus argumentativo aos sujeitos processuais constitui uma “via de mão dupla”: da mesma forma que não podem as razões recursais expostas pelas partes se esgotarem na mera repetição de teses já suscitadas, sem a impugnação específica da decisão recorrida, também não deve, o julgador, se furtar da análise de todos os argumentos por elas avultados, sob pena de violação do disposto no inciso IV do parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil.

Assim, não se ignora que, com o princípio da dialeticidade, há uma nítida intenção legislativa de coibir a elaboração de razões recursais que prescindem do esclarecimento acerca das razões diretas e específicas de sua irrisignação com a decisão combatida, evitando-se a reprodução mecânica de peças processuais por advogados.

Questiona-se, contudo, se a inadmissão dos recursos por violação à dialeticidade recursal pelas Cortes Superiores estaria, de fato, alinhada com este objetivo principal, consagrando um modelo de participação efetiva de todos os sujeitos processuais na construção do ato decisório, ou se, ao contrário, tão somente incorreria em mais uma técnica repaginada de jurisprudência defensiva.

De início, chama atenção que, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao parágrafo primeiro do artigo 489 constitui uma espécie de reafirmação da postura a que se pretendia justamente combater, estipulando que o julgador não está obrigado a responder todas questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. [...] 2. 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. [...] 5. Embargos de declaração rejeitados. (BRASIL, 2016b).

Referido entendimento também se faz presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende do julgado abaixo colacionado:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. OPOSIÇÃO EM 26.05.2020. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TEMAS 660 E 339 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. ALÍNEA B DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO DO RECURSO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MULTA IMPOSTA NO AGRAVO REGIMENTAL. ART. 1.021, § 4º, DO CPC. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS REJEITADOS. [...] 3. O julgador não é obrigado a responder a todos os pontos suscitados no recurso, caso encontre motivos suficientes para fundamentar a decisão. Precedentes. 4. Embargos de declaração rejeitados com a manutenção da multa aplicada no julgamento do agravo regimental. (BRASIL, 2021).

Muito embora haja o reconhecimento de que a fundamentação das decisões judiciais não estaria adstrita a todas as questões suscitadas pelas partes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal ainda sim, exige dos recorrentes que sejam impugnados, de maneira específica, os termos da decisão recorrida.

Como foi dito anteriormente, o parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil se presta à enumeração de hipóteses em que as decisões judiciais não seriam tidas por fundamentadas, dentre elas, quando não há o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, consagrado no seu inciso IV (BRASIL, 2015).

O que se percebe, portanto, é que os Tribunais Superiores assumem uma postura *contra legem* em relação ao inciso IV do parágrafo primeiro do artigo 489, de modo que a interpretação dada pela Corte ao dispositivo desconsidera que o fato do julgador já ter encontrado motivo suficiente para fundamentar sua decisão não retira a obrigatoriedade de se rebater todos os argumentos que, em tese, poderiam à conclusão diversa (SILVA, 2019, p. 103).

Como aponta Suzana Ribeiro da Silva:

A expressão “em tese”, acrescentada ao inciso IV do artigo 489, §1º, de referido diploma legal, não o foi despropositadamente, sendo essencial à interpretação do inciso. Se em tese, ou teoricamente, o argumento seria passível de modificar a decisão do julgador, o fato de ele já ter encontrado motivo suficiente para fundamentar sua decisão não retira a obrigatoriedade de se rebater todos os argumentos que, “em tese”, pudessem levar a uma conclusão

diversa. A expressão “em tese” não pode ser suprimida ou substituída pela expressão “na prática”, o que mudaria todo o sentido buscado pela lei. (SILVA, 2019, p. 105).

Nesse contexto, torna-se nítido que a imposição do ônus da dialeticidade parece recair sobre os termos da decisão a que se recorre, e não a todos os argumentos trazidos pelas partes. De outro lado, não estaria o Magistrado adstrito aos argumentos das partes, podendo se utilizar tão somente daqueles que ele próprio entende serem suficientes para infirmar a conclusão adotada.

Atentos a esse contexto, denotam José Coelho Dierle Nunes e Antônio Aurélio de Souza Viana:

Curioso notar que se exige do recorrente o combate a todos os argumentos lançados na decisão sob pena de violação ao ônus da dialeticidade. No entanto, considera-se ‘desnecessário, pois, consoante, por sinal, jurisprudência pacificada, que responda todas as alegações das partes e refute um a um todos os argumentos deduzidos, desde que os fundamentos utilizados sejam suficientes para fundamentar a decisão’. Parece haver, aqui, a exata inversão dos respectivos enunciados legais. Isso porque, no artigo 489 § 1º, inciso IV, consta a exigência de o órgão decisor enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de em tese, infirmar a conclusão, o que tem sido dispensado pelo Judiciário. Lado outro, de acordo com o artigo 1.021, § 1º, o recorrente impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada. Fala-se, portanto, no dever de o agravante enfrentar os fundamentos da decisão, e não todos os argumentos, o que tem gerado a inadmissibilidade recursal por ofensa à dialeticidade. (NUNES; VIANA, 2017).

Percebe-se, portanto, que muito embora seja nobre a intenção a que se veicula o legislador, subsiste o risco de que o princípio da dialeticidade recursal seja utilizado pelos Tribunais Superiores como um meio de evadir-se dos limites impostos pelo Código de Processo Civil à inadmissibilidade dos recursos, configurando mais uma forma de jurisprudência defensiva.

Nessa seara, valioso é o apontamento de Júlia Gomide Antunes Rabelo, Luís Gustavo Reis Mundim e Pedro Henrique Lacerda Paoliello, no sentido de que “ao se permitir, porém, que o ônus argumentativo seja aplicado sem critério, estará se defendendo que há margem para interpretação difusa da norma, a depender dos interesses estratégicos envolvidos, o que, no nosso ver, não deve ser admitido, já que violadora do direito ao julgamento recursal” (RABELO; MUNDIM; PAOLIELLO, 2020, p. 354).

6. CONCLUSÃO

No direito processual democrático, em especial sob o enfoque da teoria do processo constitucional, o direito ao recurso não mais pode ser concebido como um simples escoadouro da inconformidade das partes, noção esta apregoada à anacrônica ideia de um “remédio” contra as falibilidades do juízo de primeiro grau, devendo ser compreendido, na verdade, como um

direito fundamental, criado e assegurado por norma constitucional, responsável pela criação de um espaço procedimental recursal com possibilidade de contraditório e ampla defesa.

Percebe-se, contudo, que o exercício do direito ao recurso pressupõe o atendimento de determinados requisitos de cunho formal, previstos na legislação infraconstitucional, necessários à reapreciação da decisão impugnada por outro órgão jurisdicional.

Nesse contexto, impõe-se a necessidade de que o recurso seja discursivo, ou seja, que o recorrente impugne, de maneira específica, os termos da decisão objurgada, não sendo suficiente a mera irrisignação com o ato judicial, sem o devido apontamento dos seus fundamentos fáticos e jurídicos, sob pena de ser inadmitido.

Referida exigência, imersa no modelo participativo do processo instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, é denominada pela doutrina de princípio da dialeticidade recursal, que constitui um reflexo do condicionamento da fundamentação das decisões judiciais ao diálogo travado entre o autor e o réu, de modo que as razões expostas pelas partes, produzidas sob o crivo do contraditório, constituem a base para as razões do julgador.

Justamente no contexto do modelo participativo de processo, o parágrafo 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015 se presta justamente à enumeração de hipóteses em que as decisões judiciais não seriam tidas por fundamentadas, incluindo o não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, consagrado no seu inciso IV (BRASIL, 2015).

Contudo, diante da interpretação dada ao referido dispositivo pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, é possível inferir que o não conhecimento dos recursos sob a justificativa da ausência de dialeticidade pelos Tribunais Superiores assume um caráter especialmente contraditório.

Afirma-se, por um lado, que a fundamentação das partes, apesar de exigida, não vincula o magistrado, que é livre para escolher quais argumentos são capazes de fazê-lo decidir, de acordo com a velha e obsoleta máxima do *"iuri novit curia"*, segundo a qual o juiz é quem conhece o Direito, em clara violação ao disposto no artigo 489, parágrafo 1º, inciso IV do Código de Processo Civil de 2015.

Ao mesmo tempo, exige-se das partes que seus argumentos contraditem especificamente os termos do ato decisório, sob pena de inadmissibilidade recursal, na forma do artigo 932, inciso III do Código de Processo Civil de 2015, o que configura uma nítida deturpação destes dispositivos e, portanto, uma forma repaginada de jurisprudência defensiva dessas Cortes.

Portanto, as Cortes Superiores, longe de concretizarem um modelo de participação efetiva de todos os sujeitos processuais na construção do ato decisório, somente afirmam o protagonismo e a autoridade do julgador, subsistindo o risco de que o ônus da dialeticidade seja aplicado pelos Tribunais como uma nova e sofisticada forma de jurisprudência defensiva e, em prol do modelo constitucional do processo e do devido processo constitucional, referida prática deve ser afastada em prestígio ao direito fundamental efetivo ao recurso.

REFERÊNCIAS

- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: curso di lezioni. Torino: G. Giappichelli, 1990.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 90, p. 69-170, 2004. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/3>. Acesso em: 09 maio 2022.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 19. 1968. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/revista-de-direito/1968-volume-19>. Acesso em: 09 maio 2022.
- BARROS, Humberto Gomes de. **Discurso de posse do Ministro Humberto Gomes de Barros no cargo de Presidente do STJ**. BDJur, Brasília, DF, 28 abr. 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/16933>. Acesso em: 09 maio 2022.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Senado, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 09 maio 2022.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 maio 2022.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 maio 2022.
- BRASIL. **Exposição de motivos**. Brasília, DF, Senado, 2010a. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 09 maio 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 481**. Brasília, 01 ago. 2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/author/proofGalleyFile/5175/5300>. Acesso em: 09 maio 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 418 (cancelada)**. Brasília, 03 mar. 2010b. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_40_capSumula418.pdf. Acesso em: 10 maio 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 579**. Brasília, 01 ago. 2016a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27579%27>. Acesso em: 09 maio 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Embargos de Declaração no Mandado de Segurança 0257056-62.2014.3.00.0000 DF 2014/0257056-9**. Embargante: Paulo Rodrigues Vieira. Embargado: União Federal. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Brasília, 08 jun. 2016b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862180045/embargos-de-declaracao-no-mandado-de-seguranca-edcl-no-ms-21315-df-2014-0257056-9>. Acesso em: 09 maio 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo 0502280-41.2017.4.05.8106 AC 0502280-41.2017.4.05.8106**. Embargante: Antônio Hilson Pedrosa. Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Edson Fachin, Brasília, 08 mar. 2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1182001296/emb-decl-no-agreg-nos-embdecl-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-1185632-ac-0502280-4120174058106/inteiro-teor-1182001331>. Acesso em: 09 maio 2022.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do código de processo civil e o processo constitucional. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

BUSSINGUER, Elda. SILVA, Gabrielle Saraiva. ZAGANELLI, Juliana. A teoria da decisão judicial de Robert Alexy e a dialética hegeliana: um estudo da aplicação do princípio da proporcionalidade no Brasil. **Ágora Filosófica**, Recife, v. 20, n. 1, p. 130-153, jan./abr., 2020. Disponível em: <http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/898/1/1585-5931-2-PB.pdf>. Acesso em: 09 maio 2022.

CAMARGOS, Laís Alves. **O direito constitucional ao recurso e à fundamentação das**

decisões: estudo crítico do julgamento em única instância em sede recursal. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/585/lais_camargos_mes_dir_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 09 maio 2022.

CAMARGOS, Laís Alves; MIRANDA, Jessica Sério. A relação entre a jurisprudência defensiva e o uso predatório da jurisdição: como ambas as práticas vão de encontro ao modelo cooperativo de processo. In: **Jurisprudencialização do Direito no Código de Processo Civil de 2015**: aspectos críticos. SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho; MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Londrina: Thoth, 2022.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

DELFINO, Lúcio; STRECK, Lenio Luiz. Recurso bom é recurso morto: é assim que pensam os tribunais? **Revista Consultor Jurídico**. 29 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-29/recurso-bom-recurso-morto-assim-pensam-tribunais>. Acesso em: 09 maio 2022.

DIDIER Jr., Fredie, PEIXOTO, Ravi. O artigo 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 3, n. 1, maio, 2018. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_3.pdf. Acesso em: 09 maio 2022.

FIX-ZAMUDIO, Hector. **Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal. Estudios de derecho procesal em honor de Niceto Alcalá-Zmora y Castillo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Cidade do México, Nova série, n. 22-23, jan./ago. 1975.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones procesales**. Madrid: Civitas, 1982.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Latinoamerica**: constitucion, proceso y derechos humanos. Ciudad Universitaria México: Uduel, 1988.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; CAMARGOS, Laís Alves. Uma análise do parágrafo 3º do artigo 1.013 do CPC frente ao princípio constitucional do contraditório. **Meritum** – Belo Horizonte – v. 14 – n. 2 – p. 510-531 – Jul./Dez. 2019.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito [Methodenlehre der rechtswissenschaft]**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Andre Cordeiro. As inconsistências do direito ao recurso como meio de acesso ao duplo grau de jurisdição. In: CASTRO, João Antonio Lima; FREITAS, Sergio Henriques Zandona. (Coords.) **Direito Processual**: Estudo Democrático da Processualidade Jurídica Constitucionalizada. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEMOS, Vinicius Silva. **A volta do juízo bipartido de admissibilidade do recurso especial e extraordinário e assimetria legal como consequência da Lei 13.256/2016**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/y0ii48h0/189tcxgv/dV5sxRSn455P2xyj.pdf>. Acesso em: 09 maio 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 2.

NUNES, Dierle José Coelho. A função contrafática do Direito e o Novo CPC. **Revista do Advogado**, v. 35, n. 126, p. 53–57, maio, 2015. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/126/index.html. Acesso em: 09 maio 2022.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: Alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118>. Acesso em: 09 maio 2022.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Ônus da dialeticidade: nova “jurisprudência defensiva” no STJ? **Revista Consultor Jurídico**. 15 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/onus-dialeticidade-jurisprudencia-defensiva-stj>. Acesso em: 09 maio 2022.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, a. 38, v. 219, maio, 2013, p. 89-115.

PINHEIRO, Guilherme César. O agravo interno no CPC/15 e sua relação com as técnicas do distinguishing e overruling. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 20, n. 3, set/dez. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/39603>. Acesso em: 09 maio 2022.

RABELO, Júlia Gomide Antunes; MUNDIM, Luís Gustavo Reis; PAOLIELLO, Pedro Henrique Lacerda. Os perigos da nova jurisprudência defensiva do superior tribunal de justiça. In: ALVES, Lucélia de Sena; SOARES, Carlos Henrique; FARIA, Gustavo de Castro; SOUZA BORGES, Fernanda Gomes e. **4 anos de vigência do Código de Processo de 2015**. São Paulo: D’Plácido, 2020.

SILVA, Suzana Ribeiro da. A interpretação do STJ sobre o artigo 489 §1º, IV do Código de Processo Civil nos Embargos de Declaração – MS 21315/DF. **Ratio Juris Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 2, n. 1, jan-jun 2019. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/revistagraduacao/index.php/revistagraduacao/article/view/37>. Acesso em: 09 maio 2022.

SILVA, Ticiano Alves e. Aprovação da Súmula 579 do STJ é desnecessária e preocupante. **Revista Consultor Jurídico**. 06 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-06/ticiano-silva-sumula-479-stj-desnecessaria-preocupante>. Acesso em: 09 maio 2022.

VALLE, Marcus Vinicius Mendes do Valle. **Hermenêutica, direito e consensualidade**: principiologia e reconstrução da dogmática jurídica à luz da consensualidade. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 30/05/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 30/05/2022
- Avaliação 1: 07/07/2022
- Avaliação 2: 07/08/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2022

- Retorno rodada de correções: 15/10/2022
- Decisão editorial/aprovado: 23/10/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

THE PRINCIPLE OF THE INSTRUMENTALITY OF THE FORMS AND THE EFFECTIVENESS OF THE JURISDICTIONAL PROTECTION

SAMUEL PROCÓPIO MENEZES DE OLIVEIRA¹

ALEXANDRA CLARA FERREIRA FARIA²

RESUMO

Este artigo tem como objetivo investigar os interstícios e estabelecer uma crítica à instrumentalidade das formas e à teoria instrumentalista do processo, por meio da constitucionalização simbólica. A natureza do trabalho é qualitativa, e este foi realizado utilizando o método de revisão bibliográfica, no qual pode-se de início estabelecer duas obras principais, quais sejam: “A Constitucionalização Simbólica” de autoria de Marcelo Neves e “A Instrumentalidade do Processo” de Cândido Dinamarco. Inicialmente é feita uma genealogia de alguns conceitos processuais inarredáveis para nossa argumentação, como por exemplo, a solenidade dos atos processuais e a nulidade dos atos processuais, bem como de uma exemplificação da teoria instrumentalista do processo e de suas características próprias. Superado esse primeiro vestibulo argumentativo, segue-se para o pilar da argumentação que é precisamente a demonstração da incompatibilidade da instrumentalidade das formas, bem como da teoria instrumentalista do processo, com a teoria da Constitucionalização simbólica. Desse contraste conclui-se que a teoria instrumentalista do processo vai de encontro à uma pretensa normatividade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, privando-a de seus efeitos mais contundentes em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Instrumentalidade do processo. Jurisdição. Constituição Simbólica. Instrumentalidade das formas.

1 Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Foi aluno do curso de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Campus Regional do Porto (UCP-Porto). É monitor da disciplina Direito Constitucional - Organização do Estado e dos Poderes e de Direito Constitucional - Processo Constitucional e Defesa das Instituições Democráticas na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Foi monitor da disciplina Teoria Geral do Processo na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Pesquisador do NAP (Núcleo Acadêmico de Pesquisa) da PUC-MG. Foi conciliador no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Graduando em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduação interrompida em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9002-9792>.

2 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016). Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (2004). Pós-Graduada Lato Sensu pela Fundação Educacional Monsenhor Messias (1999). Graduada em Direito pela Fundação Educacional Monsenhor Messias (1997). Professora Adjunta IV da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora de Pós-Graduação Lato-Sensu do Instituto de Educação Continuada- IEC da PUC/Minas, Professora de Pós-Graduação Lato-Sensu da PUC/Virtual. Coordenadora de Atividades Complementares de Graduação - ACG's, campus Coração Eucarístico, da FMD/PUC/Minas. Sócia do escritório de advocacia Coconceito Advocacia Especializada. Advogada. Avaliadora Institucional e Membro de Bancas Examinadoras de Concursos Públicos para Docentes do Curso de Direito. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7294-7832>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

OLIVEIRA, Samuel Procópio Menezes de; FARIA, Alexandra Clara Ferreira, O princípio da instrumentalidade das formas e a efetividade da tutela jurisdicional. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 120-143, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9001>.

ABSTRACT

This article aims to investigate the interstices and establish a critique of the instrumentality of forms and the instrumentalist theory of process, through the symbolic constitutionalization. The nature of the work is qualitative, and it was carried out using the bibliographical review method, in which one can initially establish two main works, namely: "Symbolic Constitutionalization" authored by Marcelo Neves and "The Instrumentality of the Process" by Cândido Dinamarco. Initially, a genealogy of some procedural concepts that are unavoidable for our argumentation is made, such as, for example, the solemnity of procedural acts and the nullity of procedural acts, as well as an exemplification of the instrumentalist theory of process and its own characteristics. Once this first argumentative vestibule is overcome, the next step is the demonstration of the incompatibility of the instrumentality of forms, as well as the instrumentalist theory of process, with the theory of symbolic constitutionalization. From this contrast, we conclude that the instrumentalist theory of the process goes against the alleged normativity of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, depriving it of its most forceful effects in a Democratic State of Law.

Keywords: Instrumentality of the process. Jurisdiction. Symbolic Constitution. Instrumentality of forms.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de realizar uma interpretação crítica da teoria instrumentalista do processo e do princípio da instrumentalidade das formas que daquela é deduzido. Por meio da argumentação empreendida tentaremos entrar em consonância com o desenvolvimento e aprofundamento das discussões processuais no que tangem à importância de o processo ter como fundamento a Constituição. Não é motivo de espanto quando se diz que a teoria instrumentalista do processo, desde que foi aventada no Direito Processual brasileiro pela envergadura das obras de Cândido Rangel Dinamarco, é a teoria hegemônica.

No entanto, consideramos que os pressupostos da teoria instrumentalista do processo são passíveis de crítica quando observados sem um grau de miopia pelo estudioso. O processo não pode ser considerado como mero utensílio predisposto aos fins estatais que são direcionados através da jurisdição, sob pena de afronta ao Estado Democrático de Direito. Como se verá no trabalho a seguir, a proeminência do juiz na relação processual, que é um dos centros de gravidade da escola instrumentalista do processo, é problemática para os contornos contemporâneos tendo em vista que a discussão processual deve se pautar em última instância na Constituição.

Ademais, será explorado de que maneira se abre caminho para uma falta de normatividade constitucional, se fossem válidas as conjeturas processuais da teoria instrumentalista. Esse fato será explorado é através da obra "A Constitucionalização Simbólica" do autor Marcelo Neves (2013). A partir do sólido arcabouço teórico proporcionado, será possível observar que as normas constitucionais podem perder a sua efetividade prática se o magistrado possuir uma ampla maleabilidade decisória, efetuando os provimentos jurisdicionais alinhados à qualquer outra coisa que não o conteúdo principiológico do processo.

Em resumo, por meio da crítica desempenhada, pretende-se realçar a importância das formas para o regular desenvolvimento dos atos jurídicos, bem como da importância da observância e da normatividade das normas Constitucionais Processuais, em virtude da convergência

com os princípios do Estado Democrático de Direito. Considera-se que um provimento judicial somente pode ser fornecido através de uma relação dialógica, dialética e discursiva.

2. DOS ATOS PROCESSUAIS

2.1 DOS ATOS PROCESSUAIS SOLENES E NÃO SOLENES.

Antes mesmo de se chegar a ideia de atos processuais solenes e não solenes, é necessário que seja realizada uma breve digressão para que se compreenda devidamente os interstícios dessa categorização. Dessa forma, faz-se necessário, em primeiro lugar, definir o que seria um ato, em segundo lugar, o que seria um ato jurídico, em terceiro, o que seria um ato processual e, por fim, o que seria um ato processual solene ou não solene. Somente com essa metodologia é possível construir um raciocínio linear sem olvidar nenhuma parte desse todo que seriam os atos processuais solenes e não solenes. Aqui não tentaremos reproduzir os conceitos já referidos em doutrina como atos jurídicos *lato sensu* e *strictu sensu*, pois essa forma de separação em gêneros e espécies não constitui o fulcro do trabalho ora apresentado. Os conceitos apresentados na sequência não possuem nenhuma intenção senão argumentativa com vistas a se chegar no inteiro conceito do ato processual solene e não solene. Para tanto, recorrendo ao auxílio da mais tenra etimologia, observa-se que a palavra “ato” significa em sua inteireza a capacidade para agir, para realizar alguma coisa; ação. Um ato, por conseguinte, seria uma manifestação de vontade que enseja uma ação no mundo de quem age sobre aqueles indivíduos ou objetos sobre os quais a sua ação se direciona. Tendo isso em vista, é importante que se atente para a diferença entre ato e fato, isto é, o ato é uma faculdade daquele que o realiza mediante ação qualquer. O fato, por sua vez, é uma contingência que se revela independentemente de qualquer ato de vontade do homem, por exemplo. No entanto, um fato pode ser um efeito de um ato que lhe dá causa, como se verá em seguida.

Ao definir e exemplificar o que seria um ato, pode-se seguir em direção a definição do que seria um ato jurídico. Diante o exposto, ao considerar ato como uma manifestação de vontade, podemos conceber que um ato jurídico seria uma ação que gerasse efeitos ou consequências previstas pela lei. Em última instância seria um ato que fosse abarcado pelo sistema jurídico. Cássio Scarpinella Bueno (BUENO, 2020, p. 253) preceitua de forma clarividente que: “Atos processuais devem ser compreendidos como todo ato jurídico que tem significado para o, e no processo, influenciando, por isso mesmo, a atuação do Estado-juiz ao longo de todo o procedimento”. Contudo, “um ato jurídico não necessariamente é um ato processual, pois é por meio da forma que a declaração de vontade adquire realidade e se torna ato jurídico processual” (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 630). Portanto, é através de uma subsunção, uma circunscrição de uma forma específica, que um ato meramente e inicialmente jurídico agrega para si as qualidades de um ato processual. Ainda com Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 630) podemos inferir que: “Forma é o conjunto de solenidades que se devem observar para que o ato jurídico seja plenamente eficaz”. Para Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2004, p. 38): “Forma é expressão externa do ato jurídico e revela-se no modo de sua realização, no lugar em que deve ser realizado e nos limites de tempo para realizar-se”.

É observável que a forma cumpre um papel importante, senão crucial para a conceituação do ato jurídico processual. A forma é a identidade reflexiva do ato jurídico processual na justa medida que, sem a sua incidência, este não reúne todas as condições para ser objetivamente classificado. Se a forma é necessária para a consecução do ato jurídico processual, disso decorre logicamente que o direito processual é essencialmente formal, haja vista que impõe formas a serem observadas por todos aqueles que praticam atos no seu âmbito de regulação. Por consectário, é precisamente quanto à forma que os atos processuais podem ser caracterizados em atos processuais solenes e não solenes. Humberto Theodoro Junior (2015, p.630), com extrema precisão, dirá que:

Solenes são aqueles para os quais a lei prevê uma determinada forma como condição de validade. E não solenes, os atos de forma livre, i.e., que podem ser praticados independentemente de qualquer solenidade e que se provam por quaisquer dos meios de convencimento admitidos em direito.

Podemos apreender dessa definição que “os atos processuais solenes são vinculados à uma forma própria, seja essa expressa em sua escrita, no modo de sua realização, no lugar em que deve ser realizado ou nos limites de tempo para realizar-se” (DINAMARCO, 2004, p. 38). Os atos processuais não solenes não têm vinculação específica a uma forma que seria *conditio sine qua non* para sua validade e produção de efeitos na esfera jurídica. Isto é, prescindem a qualquer contorno ou baliza para sua produção de efeitos.

2.2 DAS NULIDADES E DAS FORMAS

Em se tratando de ato processual é forçoso, como foi referido anteriormente, que este tem de observar certos preceitos formais para a sua caracterização. A caracterização do ato processual, a sua identidade, não é senão a sua existência, validade e efetividade no mundo jurídico. Um ato processual que não observa as formalidades previstas no dispositivo que o regula, isto é, a lei, está sujeito a ser nulo e, portanto, não produzir efeitos, ou passível de cessar de produzir efeitos no mundo jurídico. Recordar-se aqui o brocardo latino: *quod nullum est, nullum producit effectum*³.

Débora Carvalho Fioratto (2017, p.23) em obra sobre as teorias das nulidades processuais diz, com propriedade, que:

As nulidades processuais sempre foram tema polêmico e não pacífico na legislação processual brasileira em decorrência da imprecisão terminológica advinda de distintas acepções doutrinárias quanto ao conceito, ao tratamento e às infundáveis classificações”

Como podemos observar, os doutrinadores ainda esbanjam divergências no que tange às nulidades processuais, sendo que dentro desse tema surgem as mais variadas classificações, reunindo os conceitos em gêneros, espécies e subespécies correspondentes (CARNELUTTI, 2004), (WAMBIER, 1998), (CHIOVENDA, 1945), (LIEBMAN, 1984). Nada obstante, o objetivo da presente seção não se encontra em esmiuçar as diversificadas tentativas de reunir o assunto das nulidades sob uma categoria comum e expansível para toda a disciplina do Processo, mas sim em valer-se, ainda que inicialmente, das categorias tradicionais de nulidade, com vistas a embasar a discussão sobre o princípio da instrumentalidade das formas e a efetividade da

3 O que é nulo, não produz efeitos.

tutela jurisdicional. Com categorias básicas, queremos dizer nulidades absolutas e nulidades relativas, a saber:

A doutrina tradicional busca classificar as nulidades processuais em duas classes: nulidade “sanável”, “relativa” ou “não cominada” é aquela que admite, de alguma forma, sua mitigação, isto é, a repetição do ato viciado ou sua pura e simples desconsideração se não arguida de plano (arts. 276 e 278, caput) (p.283). A nulidade “insanável”, “absoluta” ou “cominada”, no extremo oposto, é a que não admite a renovação do ato viciado nem que seus efeitos sejam produzidos no processo ou fora dele, e que pode ser reconhecida independentemente de qualquer arguição ou prazo (art. 278. parágrafo único). (BUENO, 2020, p.283)

É necessário ainda observar que as nulidades podem tanto atingir os atos processuais quanto a constituição e existência do Processo em si mesmo. A nulidade do processo ocorre quando são olvidadas as preliminares, ou pressupostos, de desenvolvimento válido e regular da relação, ou ainda quando se tem algum impedimento processual reconhecido ou então pressuposto negativo ao litígio, como dispõe o Art. 337 § 5º do CPC/15 (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Portanto, em se tratando de atos processuais, as nulidades absolutas são aquelas que não permitem a retratação, convalidação, retificação do ato viciado, pois o grau de “fratura” aos ditames legais, reguladores de sua eficácia, são insuperáveis. As regras mínimas para a sua formação e ingresso no mundo jurídico e processual não foram atingidas e por isso ele é tolhido de qualquer produção de efeitos supervenientes. Por seu turno, os atos processuais relativamente nulos são aqueles que admitem a convalescência, seja em razão do decurso do tempo, que ensejaria uma preclusão, seja em razão da manifestação voluntária da parte que beneficia a declaração de nulidade. Ao se falar de preclusão, é nítida a preferência deste trabalho por acompanhar a argumentação de (TEIXEIRA,1990) acerca das nulidades sob o enfoque do direito processual e não sobre os ditames do direito material, apesar de reconhecermos os seus interstícios. Em linhas gerais, portanto, a nulidade relativa admite certa mitigação, ou até uma segunda oportunidade para o ator processual em questão renovar o ato, conduzindo-o à sua devida forma prescrita em lei. O ato absolutamente nulo não é ratificável e não se convalida diante do silêncio das partes ou do decurso do tempo. O ato relativamente nulo é ratificável e se convalida plenamente se os interessados se mantiveram inertes durante o prazo previsto em lei para impugná-lo (THEODORO JUNIOR, 1983, p. 2).

Ainda, argumentando juntamente com (THEODORO JUNIOR 1983), (LACERDA, 1990) e (TEIXEIRA, 1990) podemos dizer que os atos processuais que são totalmente ou absolutamente nulos são aqueles que infringem algum princípio de ordem pública, ou um interesse público e por isso incondicional. A permissão para que tal ato permaneça no universo jurídico é, por consectário, colocar a própria autoridade do Estado em xeque. Ao passo que as nulidades relativas, por não infringirem nenhum princípio de ordem pública, se encontram apenas na ordem do privado. Porém, cabe salientar que havendo “violação à norma imperativa, quer se trate de nulidades absolutas ou relativas, o juiz deve declarar a nulidade de ofício” (FIORATTO, 2017, p. 43).

Como dito outrora, o ponto relevante para a presente seção não é discutir sobre as teorias das nulidades processuais e suas diversas interpretações ao longo de todo o desenvolvimento da ciência do direito processual, a qual consideramos como um produto da atividade humana e desta dependente, gerador e ampliativo do conhecimento à diluição (conscientização),

aperfeiçoamento ou transformação das realidades jurídicas em movimento (LEAL, 2010). Em que pese a importância das teorias das nulidades processuais, o centro de gravidade da pesquisa aqui desenvolvida, é precisamente perceber que a forma prevista em lei para a realização dos atos processuais, pode, se não observada, conduzi-los à nulidade. Isto é, à medida que a realização de um ato processual, consonante com uma norma jurídica que orienta à circunscrição desse ato em uma determinada forma não é observada, esse ato processual é passível de incidência de algum tipo de nulidade. A extensão da incidência dessa nulidade – absoluta ou relativa – dependerá da qualidade da norma não observada, isto é, pública ou privada. Por conseguinte, decretada a nulidade do ato processual pelo juiz, o seu rebento é indubitavelmente a ineficácia desse ato. O diálogo que se pretende promover, portanto, é entre forma e efetividade do ato processual, considerando que os efeitos da nulidade são *ex tunc*.

Numa primeira impressão da temática da forma dos atos processuais, pode-se confundir sem pestanejar, com um comportamento meramente burocrático e que vai de encontro a uma pretensa celeridade processual. A importância que se pretende dar à forma pode, irrefletidamente, ser confundida como uma burocracia em que tenta-se por todas as “formas” tolher o conteúdo fidedigno dos atos processuais de uma produção de efeitos apenas por um mero capricho em relação ao seu contorno. Porém, esses olhares obtusos em relação a tal tema e dispositivo legal, são antagônicos aos objetivos postulados para a ciência do direito processual.

Assim, propõe-se que a forma não seja confundida semanticamente com qualquer outro termo ou ideia correlata pelo uso cotidiano da língua e pelos símbolos que esta cria em nosso imaginário. Para tanto, cremos ser possível a correta interpretação da forma unicamente se recorrermos ao que diz a Filosofia, mais precisamente à Metafísica de Aristóteles. Em linhas gerais que tangem a forma, o objetivo da metafísica se assemelha ao nosso, na justa medida em que:

[...] se ressalta menos o condicionamento material da existência das substâncias sensíveis e mais a subjugação da matéria às exigências da forma, que dela se distingue basicamente pelo papel de identidade do objeto, o que é tornado manifesto na definição do objeto (ZINGANO, 2003, p. 277).

Sobre a matéria, o conteúdo, estende-se uma forma que a condiciona a existência e lhe confere a identidade que pode ser observada somente pelo fato de se olhar para tal objeto. Assim sendo, a forma figura como causa de *x* ser *F*, todo *x* precisando certamente satisfazer determinados requisitos materiais para ser um *F*, mas ganhando a identidade *F* unicamente graças à forma (ZINGANO, 2003, p.278). Exemplificando, a forma é a causa de ser do ato processual, ingresso desse no mundo jurídico, que precisa satisfazer, sem dúvidas, requisitos materiais (conteúdo) para existir, mas ganhando a sua identidade, o seu reflexo, a sua individualização unicamente graças à forma. Forma, pode ser tomada como um princípio de individuação e por isso é importante para assegurar garantias das partes que realizam os atos processuais.

Dito isso, passa-se a indicar como as formas são recebidas pelo direito processual brasileiro. Cássio Scarpinella Bueno (2020, p.282), em seu Manual de Direito Processual Civil, dirá com precisão que:

A doutrina e jurisprudência que se formaram e se consolidaram sob a égide do CPC de 1973, contudo, são assentes no sentido de que a forma não pode querer se sobrepor ao conteúdo do ato processual quando, ainda que de outro modo, sua finalidade foi atingida. O CPC de 2015 absorve conscientemente esta tendência, deixando-a evidenciada em diversos de seus dispositivos.

Não só os que aparecem no Título III do referido Livro IV, dedicado exclusivamente às nulidades processuais, mas também em outros, dispersos por todo o código.

Todavia, é reconhecido pelos doutrinadores mais influentes da ciência processual no Brasil, que a forma é uma garantia das partes no processo, como infere-se da obra de Cândido Rangel Dinamarco: “A exigência de formas no processo é um penhor da segurança destas, destinado a dar efetividade aos poderes e faculdades inerentes ao sistema processual (devido processo legal)” (DINAMARCO, 2004, p. 38). E da obra de (CHIOVENDA, 1945):

Entre os leigos abundam censuras às formas judiciais sob a alegação de que as formas ensejam longas e inúteis querelas, e frequentemente a inobservância de uma forma pode acarretar a perda do direito; e ambicionam-se sistemas processuais simples e destituídos de formalidades. A experiência, todavia, tem demonstrado que as formas são necessárias no processo, tanto ou mais que em qualquer relação jurídica; sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza. (CHIOVENDA, 1945, p. 12).

Tampouco olvida da importância da forma (LIEBMAN, 1945, p.15), a saber:

Por esse motivo, domina toda a matéria um princípio que se poderia denominar da instrumentalidade das formas processuais: o legislador estabelece as formas que se deva, observar, unicamente para assegurar o alcance de determinados fins. Por essa razão, devem-se tratar tais formas como simples meios e não, por sua vez, como fins: sua inobservância, em cada caso concreto não deve, em geral, induzir a nulidade do ato ou do processo, se por outras se atingiu igualmente, ou se pôde atingir o fim que o ato se destinava.

A partir da constatação do reconhecimento, ainda que inicial, das formas no processo, pretendemos, como desenvolvimento metodológico do presente trabalho, abordar na sequência o princípio da instrumentalidade das formas, bem como a teoria instrumentalista do processo e seus percursos argumentativos.

2.3 DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E DA TEORIA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO

Apesar do fato de a importância das formas obter respaldo em sede doutrinária, haja vista que atuam em um primeiro sentido como garantia das partes e de uma certa racionalização dos atos procedimentais no interior do processo, a forma pode ser ao mesmo tempo – e pela mesma doutrina – relativizada diante dos efeitos a serem produzidos por meio do ato processual. Não raro encontramos nas reflexões sobre o direito processual brasileiro, bem como sobre a prática processual, a alternativa em se olvidar, ou melhor, flexibilizar, a forma do ato processual, pois o seu efeito último já foi atingido em sua inteireza. Nesse sentido, reza o Artigo 188 do Código de Processo Civil de 2015: “Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”. Isto é, consideram-se válidos os atos processuais que forem realizados de outro modo, leia-se, de uma forma diversa daquela prevista em lei, se estes atingirem a sua finalidade essencial, leia-se, se forem efetivos conforme seu objetivo.

Percebemos dessa forma que o ato processual constitui um meio direcionado para um fim essencial que é a produção de efeitos jurídico-processuais, e assim, pode ser relativizado quanto a sua forma se atingir o seu objetivo. Não seria exagero opor aqui a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios para a ciência processual brasileira. A opinião de que os atos processuais são meros instrumentos ao serviço não só de uma produção de efeitos localizada, mas na produção de efeitos essencial do processo, qual seja, a prestação jurisdicional é dominante entre os doutrinadores pátrios. Esse raciocínio acerca do ato processual, que podemos denominar de princípio da instrumentalidade das formas, foi percebido com extrema pertinência e atenção por Humberto Theodoro Junior (2015, p. 764), menciona que:

O princípio que inspirou o Código, nesse passo, foi o que a doutrina chama de princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, segundo o qual o ato só se considera nulo e sem efeito se, além de inobservância da forma legal, não tiver alcançado a sua finalidade.

O princípio da instrumentalidade das formas é rebento da teoria instrumentalista do processo, e essa por sua vez surge da teoria da relação jurídica. Sendo assim, é imperioso que tratemos de forma preliminar da teoria instrumentalista do processo, pois assim, conseguiremos mais facilmente lançar luz sobre como o princípio da instrumentalidade das formas atua em matéria de processo.

Não obstante a teoria instrumentalista do processo se desenvolva, hodiernamente, em paralelo à teoria da relação jurídica primariamente descrita por Oskar Von Bülow (1868), é inegável o fato de que a teoria instrumentalista tem como bases fundantes os postulados da teoria da relação jurídica. Bülow em seu livro “Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processoraussetzungen”⁴, escrito em 1868, faz a constatação de que o processo tem seus supostos próprios e não pode permanecer alheio à “relação jurídica” que se constitui através das pretensões contrárias das partes. Em consonância com esse diagnóstico, Bülow também postula a distinção, que não havia sido observada antes dele, entre Direito Processual e Direito Material. Apesar da importância genérica dessas duas premissas concernentes à sua teoria, observa-se que o ponto mais relevante é a característica inerente da relação jurídica entre as partes em juízo. Com extrema precisão, dirá Rosemiro Pereira Leal (LEAL, 2010, p.78). que: “Bülow trabalhou pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação juiz, autor e réu”.

Segundo André Cordeiro Leal (2008), Bülow (1868) adotou o modelo da relação jurídica oriundo de um enfoque privatístico do direito, apenas adaptando-o às bases do direito público, mantendo-se intocada, no entanto, a questão do vínculo de subordinação entre pessoas, fundamento típico do direito privado obrigacional (LEAL, 2008, p. 28). Percebe-se, por conseguinte, que a relação jurídica é uma relação tripartite na qual há sujeição entre as partes, de tal modo que as faculdades processuais das partes são mitigadas conforme a sua posição no litígio. O requerido há de se inclinar aos pedidos do autor, e este e o requerente hão de se inclinar ao que dita o pontífice da relação jurídica, que no caso é o juiz.

O que se apreende da leitura de Bülow (1868) é o clarividente fato de que o juiz adquire uma função angular no processo, de tal forma que ele julga com seus próprios desígnios. O processo em Bülow é um mero instrumento do próprio dizer do juiz, isto é, a jurisdição. A jurisdição é o fim que se busca através do meio que é o processo, sendo que se atribui um

4 A teoria das exceções e pressupostos processuais.

poder criativo a um juiz que se coloque como um intermediário que diz o direito através de sua sensibilidade (LEAL,2008).

A teoria instrumentalista do processo, surge da fonte erguida por Bülow na teoria da relação jurídica que foi brevemente delineada acima. Há vários autores que seguiram o fio de Ariadne proporcionado por Bülow, como Chiovenda (1945), Carnelutti (2004), Dinamarco (2003), e Liebman (1984). No entanto, nesse trabalho pinçaremos em maior proporção, entrando em consonância com a metodologia empreendida, apenas a obra de Cândido Rangel Dinamarco (2003), intitulada “A Instrumentalidade do Processo”.

Em sua obra citada acima, Dinamarco mantém a ideia de processo como um instrumento da jurisdição, que outrora foi ventilada por Bülow. Tampouco o autor se desvencilha da relação jurídica processual que é angularmente concebida de forma que o juiz ocupa o centro e controla toda a operacionalidade da prestação jurisdicional. Diz o insigne processualista que:

[...] a dialética que se tem nos procedimentos que canalizam o poder, especialmente nos jurisdicionais, onde a existência de partes contrapostas e sujeitas ao juiz imparcial evidencia com extrema clareza os pólos das teses e antíteses, em convergências à síntese imperativa (DINAMARCO, 2003, p. 91).

Mais objetivamente dirá Dinamarco (2003, p. 93) que: “Em torno deste, portanto (no caso, em torno da jurisdição) é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina”. Nessas breves incursões ao texto de Dinamarco (2003), resta claro que a essência da teoria da relação jurídica é mantida, ou seja, o processo é instrumento da jurisdição e as partes se encontram sujeitas aos comandos imperativos do magistrado. Em última instância esta é uma visão teleológica lançada sob o processo.

Porém, apesar de a teoria instrumentalista se assemelhar àquela da relação jurídica, ela se diferencia num ponto crucial, que podemos de forma clara concluir da obra de (LEAL, 2003). Isto é, a novidade oferecida por Cândido Rangel Dinamarco (2003) não reside no fato de o processo ser instrumento de uma jurisdição (atividade do juiz) criadora do direito, mas na enunciação de seus escopos metajurídicos, quais sejam o econômico, o social e o político. Ou seja, Bülow já mencionava que o processo era instrumento da jurisdição, mas Dinamarco (2003) concedeu à ele o caráter metajurídico. Os escopos metajurídicos concedidos por Dinamarco (2003) são a sua grande inovação, que é um arauto da teoria instrumentalista do processo. Em resumo, o seu distanciamento pontual da teoria do processo como relação jurídica pode ser apreendido do que segue: “É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhado da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego” (DINAMARCO, 2003, p.181).

Assim, alinhado com os escopos metajurídicos, o juiz pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Nas palavras de DINAMARCO, (2003, p. 243): Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça.

Tendo em vista o consignado acima, é da teoria instrumentalista do processo que podemos extrair o princípio da instrumentalidade das formas. O princípio da instrumentalidade das formas e a teoria instrumentalista, se comportam, portanto, como gênero e espécie, de onde um se deduz do outro. Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 52) não hesita ao definir o princípio da instrumentalidade das formas, a saber:

Instrumentalidade das formas, concebida para conduzir a essa interpretação e consistente na afirmação de que, realizado por algum modo o objetivo de determinado ato processual e não ocorrendo prejuízo a qualquer dos litigantes ou ao correto exercício da jurisdição, nada há a anular ainda quando omitido o próprio ato ou realizado com transgressão a exigências formais.

É necessário salientar que o conceito de instrumentalidade das formas proporcionado por Dinamarco (2003) é a síntese do que foi apresentado nesse trabalho até então. Exemplificando, a instrumentalidade das formas nos conduz à afirmação da plena produção de efeitos de um ato processual se este não resultar em prejuízo aos litigantes, independentemente deste ato ser viciado em sua forma. Ademais, como postula Dinamarco (2003), o ato processual prospera não havendo prejuízo ao exercício correto da jurisdição, isto é, o ato processual não pode se sobrepor àquilo que o magistrado considera útil para o desenvolvimento processual. Ou seja, se o ato processual contiver um vício, e esse vício não abalar o profundo senso de justiça do pontífice da relação processual, esse desvio não deve ser levado em conta. As formas dos atos processuais, para Dinamarco (2003), são um meio completamente transponível se o fim precípua do processo estiver em condições de ser atingido. O fim do processo, no entanto, é a jurisdição. O grande problema, é que ao se incentivar um menor apego às formas, começa e se cultivar na mesma medida um abandono da lei, haja vista que a forma, tem o seu caráter vinculativo por meio da lei.

O autor em questão considerava a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), como um exemplo para ser seguido no concernente ao princípio da instrumentalidade das formas. Senão, vejamos:

Na Lei dos Juizados Especiais é que, anunciada a liberdade, não vêm depois os desmentidos e isso permite a esperança de um processo que favoreça de modo muito eficiente a percepção dos fatos e do próprio modo de ser do litígio pelo juiz, nesse contato mais espontâneo e informal com os litigantes e com as fontes de prova. (DINAMARCO, 2003, p.155)

É notório que Dinamarco (2003) deduz do princípio da instrumentalidade das formas uma maior maleabilidade para a percepção do litígio pelo juiz e que isso também acompanha um contato mais informante com as fontes de prova. Em um primeiro momento parece despretenhiosa a constatação que induz ao pensamento de que o juiz possa liderar os atos processuais e ordenar o processo em si de uma perspectiva instrumental que é a jurisdição. Esta, portanto, entra em conluio com os fins estatais. Porém, há de ser mencionado que, para Dinamarco (2003), o juiz possui no processo o senso inerente do que é justo e cria ao seu bel-prazer os modos de serem realizados os procedimentos e seu aproveitamento.

O juiz criará modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes: interroga-las-á livremente, dialogará com elas e permitirá o diálogo entre elas ou delas com as testemunhas; visitará o local dos fatos, ou examinará coisas trazidas com sinais ou vestígios de interesse para a instrução; permitirá que argumentem a qualquer do processo tradicional. (DINAMARCO, 2003, p. 156)

Ainda, no que concerne às faculdades do juiz, temos que:

O juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não lhe tolera, porém, a indiferença (DINAMARCO, 2003, p. 239).

Em resumo, caminhando pelos meandros da teoria instrumentalista do processo, que circunscreve o princípio da instrumentalidade das formas, vemos que a jurisdição é o grande pilar no qual quaisquer eventos que ocorram no interior do processo. O juiz, guiado por um evidente solipsismo, e iluminado por um tremendo eclipse, instrumentaliza qualquer ato processual para o fim que é a sua palavra e por consequência a palavra do Estado. O juiz é também um agente político do Estado (DINAMARCO, 2003). Contudo, o que salta aos olhos é que o processo e as formas são instrumentalizados não por um mecanismo automático que os eleva ou diminui de patamar, mas sim por uma inarredável elasticidade de atuação do juiz. Portanto, o juiz ao seu alvedrio direciona o processo e as formas não tendo exercido sobre si nenhum controle que lhe confira, em última instância, legitimidade.

Como visto acima, não se exige imparcialidade do juiz senão em relação à oferta de iguais oportunidades às partes. Não se exige ao juiz, pois, no pensamento de Dinamarco (2003), suplica-se ao magistrado uma decisão de mérito favorável.

O grandioso problema dessa abordagem é abordado com exatidão por Débora Fioratto (2017, p.180):

A manutenção (adoção) do sistema da instrumentalidade das formas e a classificação das nulidades em absolutas e relativas possibilita uma abertura discricionária à interpretação jurisdicional no contexto do Estado Democrático de Direito. Para controlar a atuação solipsista e ex officio do juiz é imprescindível que este oportunize o contraditório prévio para que sua decisão seja legítima, visto que a interpretação compartilhada do direito garante uma decisão racional, já que construída com a participação das partes que sofrerão os efeitos do provimento final.

Pretendemos, a partir do paradigma levantado por (FIORATTO, 2017), qual seja, que a manutenção do sistema da instrumentalidade das formas possibilita a discricionariedade no Estado Democrático de Direito – o que é perfeitamente inviável ante as garantias principiológicas atuais do processo – abordar nas seções que se seguem, os motivos da incompatibilidade da teoria instrumentalista do processo e do princípio da instrumentalidade das formas ante à jurisdição constitucional.

3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição é o fundamento de validade de quaisquer normatividades dentro do Estado Democrático de Direito. Podemos considerar o Estado Democrático de Direito, de forma exemplificativa, como um sistema hermético e hierárquico, em que a Constituição é a norma primeira e que é fonte para todas as outras que venham ingressar nesse sistema. Disso decorre que qualquer lei que for inserida no ordenamento jurídico do Estado, deve guardar severa relação de parametricidade com a Constituição, sob pena de inconstitucionalidade. José Alfredo de Oliveira Baracho (2008 :25 e 323), um dos precursores da teoria constitucionalista do processo em solo brasileiro, postula que:

A fundamentação constitucional do processo ganha evidência após a Segunda Grande Guerra Mundial, motivada por dois fatores: a inserção de diversas categorias processuais nas novas constituições e a assunção do controle de constitucionalidade, pelos juízes, ainda que de modo diferente em cada país.

Por conseguinte, o processo, na contemporaneidade, passa a ser disciplina eminentemente constitucional e disso exsurge o intitulado Processo Constitucional como metodologia sistemática pela qual são examinadas as relações normativas do processo com a Constituição (DIAS, 2017).

No contexto da Constituição brasileira de 1988, essa premissa não é diferente, e pode-se observar ao longo de seu texto várias disposições que intencionam disciplinar o processo em conformidade com os objetivos de um Estado Democrático de Direito. Em razões meramente exemplificativas, podemos aqui salientar o Art. 5º, XXV e LV, que irão dispor sobre o acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e isonomia, respectivamente. Tampouco pode-se aqui olvidar do Art. 93, IX que trata da fundamentação das decisões jurisdicionais. É imperioso perceber aqui que todas essas disposições constitucionais que tangem o processo como instituto do Estado, transformam-se necessariamente em princípios a partir dos quais toda e qualquer norma processual ou ato processual deve ser interpretada. Se atos ou normas processuais se desviarem do que propõe a Constituição, estão inerentemente fadados à invalidez. Em consonância ao momento na história no qual o processo é inerente à Constituição, temos que na pós-modernidade, o conceito de processo, como instituição, se infere do grau de autonomia jurídica constitucionalizada a exemplo do que se desponta no discurso do nosso texto constitucional, como conquista teórica da cidadania. (LEAL, 2010).

Num pensamento lógico, podemos consignar que se o processo atualmente possui seus princípios positivados no texto Constitucional, a jurisdição, há de ser da mesma forma consoante com esses princípios e, em última instância, com o Estado Democrático de Direito. A constituição inaugura e ordena o Estado Democrático de Direito, logo, a jurisdição deve observar incondicionalmente a manutenção desse paradigma, sob pena de inconstitucionalidade. Em outras palavras, a jurisdição, somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais (DIAS, 2012, p. 32). Nesse sentido, é possível notar que mais do que meramente um direcionamento argumentativo, os princípios processuais constitucionais, se tornaram, no contexto do Estado Democrático de Direito, uma forma de legitimação da jurisdição.

Se a jurisdição é a manifestação do poder do Estado, esta tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional (DIAS, 2012). Atualmente, não existe nenhuma disciplina processual sequer que não seja constitucional. Com brilhantismo, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2012, p.36) diz que:

O Estado só pode agir, se e quando chamado a exercer a função jurisdicional, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir a adequada participação dos destinatários na formação do seu ato decisório imperativo. Com essa metodologia, afasta-se qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público decisor (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço para a discricionariedade ou a utilização da hermenêutica canhestra fundada no prudente ou livre arbítrio do julgador ou prudente critério do juiz, incompatível com os postulados do

Estado Democrático de Direito, como, ao contrário, até hoje e infelizmente, alguns doutrinadores supõem e apregoam e outras tantas decisões jurisdicionais consagram em seus fundamentos.

A jurisdição é um desdobramento lógico-causal, de forma que somente aparece fenomenologicamente no mundo jurídico, quando o Estado é retirado de sua inércia por meio de uma pretensão que é levada ao seu conhecimento pelo direito constitucional de ação, previsto no Art. 5º XXV. Diferentemente do que argumentava a teoria da relação jurídica, bem como a teoria instrumentalista do processo, temos, no contexto da democracia constitucional, que nada se suplica ao Estado. Assim “exige-se do Estado o dever da atividade jurisdicional pelo juiz, porque a pretensão é exercitada como direito-garantia (liberdade) de requerer por via peticional e não como súplica reverencial ao juiz” (LEAL, 2010, p. 260).

Nada obstante os claridentes princípios processuais constitucionais serem revelados e o seu sentido democrático indicado, não é raro se observar juízes claramente adeptos de uma recôndita teoria instrumentalista do processo, atuando meramente conforme seus desígnios pessoais. André Cordeiro Leal (2008), logo na introdução de sua obra faz constar uma decisão do Ministro Humberto Gomes de Barros, em julgamento de Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 279.889- AL, 2001/0154059-3, no Superior Tribunal de Justiça, e aqui é oportuno também mencionar um trecho, qual seja:

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, li, com extremo agrado, o belíssimo texto em que o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins expõe as suas razões, mas tenho velha convicção de que o art. 557 veio em boa hora, data venia de S.Ex.^a

Nada me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros desse tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento que o Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria dos seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça. E a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém [...]. (Cf. LEAL, 2008, p. 24)

No que tange ao aspecto da jurisdição na teoria instrumentalista do processo, essa decisão é emblemática. Na decisão o Ministro deixa evidente que a jurisdição é uma qualidade intrínseca à sua pessoa, e que esta é emanada por ele e não pelo Estado. O eminente Ministro é o titular da jurisdição, sendo que a sua decisão espelha o que ele definitivamente pensa. O Ministro clama para si uma pretensa autonomia de que emana essa jurisdição e não deixa dúvidas quanto a isso quando diz que decide conforme a sua consciência. Como vimos, a teoria da instrumentalista do processo se propõe exatamente a isso, quer dizer, ao juiz como centro da relação processual e de onde provém a jurisdição embasada em seu próprio senso inato de justiça. Esse trecho da decisão atinge o âmago das normas processuais constitucionais e, por consequência, do Estado Democrático de Direito, pois nenhum tipo de provimento jurisdicional

pode ser em consonância com a consciência de quem decide. Essa característica na jurisdição vai totalmente de encontro ao princípio da reserva legal (Art. 5º, II, CF) e ao princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais (Art. 93, IX, CF). De acordo com (LEAL, 2010, p. 47)

A jurisdição, quando não está previamente condicionada, à principiologia legal do processo, cuja plataforma jurídica fundamental se encontra insculpida na maioria das constituições modernas, é mera atividade de julgar e descende diretamente da primeva arbitragem, em que a clarividência divinatória dos sacerdotes e o carismático senso inato de justiça dos pretores e árbitros é que marcavam e vincavam o acerto e a sabedoria de suas decisões.

A teoria instrumentalista do processo, ao colocar o juiz como centro da relação processual e não estabelece nenhuma forma de controle para as suas decisões age com miopia perante o Estado Democrático de Direito sendo com este incompatível. É inviável que se possa auferir, em relação de parametricidade com a Constituição de 1988, algum tipo de provimento jurisdicional que se apoie no solipsismo do magistrado. É flagrantemente inconstitucional e passível de nulidade, conforme preceitua o Art. 93, inciso IX. As garantias processuais constitucionais, ou normas processuais fundamentais, são, em última acepção, modos de controle das decisões jurisdicionais e modos de legitimação do mesmo provimento. Desses modos não se valem aqueles da escola instrumentalista do processo, nos quais confiam apenas na imparcialidade completamente etérea do juiz ao exercer a jurisdição. Conforme (MARQUES, 2016, p. 49):

Entretanto, é preciso insistir: não há como buscar fundamentação constitucional para o processo sem abandonar a matriz da relação jurídica e a lógica da instrumentalidade. A conhecida técnica processual que confere primazia ao juízo na relação jurídica e transforma o processo em instrumento por meio do qual ele decide, solitariamente, conforme sua convicção pessoal, não se enquadra na realidade democrática.

Por derradeiro, percebemos que há um elo explícito entre o Estado Democrático de Direito, o Processo Constitucional e a jurisdição constitucional. Disso podemos concluir que a jurisdição constitucional é toda e qualquer jurisdição, pois não há nenhum provimento jurisdicional capaz de permanecer no mundo jurídico e produzir efeitos propostos se não for observada a Constituição. A jurisdição constitucional não é uma qualidade emprestada à jurisdição, mas sim a essência própria desse ato. A jurisdição, sem observar a Constituição é nula de pleno direito, e isso sela o pacto democrático constitucional, em que se garante para aquele que procura o judiciário condutas previstas em texto constitucional que balizarão o procedimento até o seu provimento final. É inarredável, ante a conjectura democrática, que existam meios de controle das decisões emanadas pelos agentes investidos nos cargos de representação do Estado.

A partir do desenvolvimento do conceito de jurisdição constitucional e a explanação de sua contingência com o contexto democrático, pretendemos nas seções seguintes delimitar o conceito de tutela jurisdicional (legal) e seguir para uma argumentação da efetividade dessa tutela baseada na obra “A Constitucionalização Simbólica” de autoria de Marcelo Neves (2013), relacionando com o princípio da instrumentalidade das formas.

4. TUTELA JURISDICIONAL

A tutela jurisdicional é desdobramento lógico da jurisdição. Esta, por sua vez, como vimos anteriormente, dever ser alinhada no espaço-tempo processual com os princípios aventados na Constituição, e por isso, é essencialmente uma jurisdição constitucional. Se a jurisdição é constitucional, a tutela jurisdicional não pode se distanciar desse paradigma, tendo em vista um desdobramento lógico dessa premissa.

A tutela jurisdicional não apresenta uma definição precisa ao longo da teoria processual, mas, na verdade, podemos dizer que em se tratando de teorias processuais a serem aplicadas em uma determinada sociedade onde o poder tem como fonte principal o Estado, a tutela jurisdicional seria a proteção concedida pelo Estado àqueles que o tiram da inércia contemplativa. A tutela jurisdicional, em última instância, é uma vereda para afastar a sociedade da famigerada “autotutela”. Isto é, a tutela jurisdicional é um enunciado proferido por um agente investido na função que representa o Estado (juiz), e que vincula as partes que postularam em juízo. Como salientado acima, isso deve ser contemplado conjuntamente com a jurisdição, incorrendo na ilogicidade da proposição.

Ao contrário do que se pode consignar em um primeiro momento, a tutela jurisdicional não é somente um dever imperativo do Estado que toma para si a última palavra em um caso concreto levado à sua apreciação. Dizer somente que a jurisdição é ato imperativo que demonstra o poder de vincular condutas por parte do Estado, colocando o agente representante do Estado (juiz) como pilar dessa decisão, seria, sem dúvidas, retroagir à argumentação da escola instrumentalista do processo. Ao fim e ao cabo, nós sabemos que a argumentação se estenderia até o ponto em que a tutela jurisdicional se encontrasse com as palavras opacas do magistrado.

Num contexto democrático, sempre tendo em vista o projeto de Estado estabelecido na Carta Magna de 1988, a tutela jurisdicional é necessariamente um direito de todo cidadão. Não nos deixa tergiversar o Art. 5º inciso XXXV da Constituição de 1988 na medida em que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isto é, o direito de procurar o judiciário, de movimentar a máquina estatal é direito constitucionalizado e incondicional (LEAL, 2010). O direito de obter-se a tutela jurisdicional é, portanto, irrestrito. De acordo com José Alfredo de Oliveira Baracho (2004, p. 78):

O direito à tutela jurisdicional assenta-se como princípio supremo de ordenamento constitucional, que assegura a todos a solução de controvérsias. A proteção jurisdicional de uma situação jurídica, para que seja plenamente efetiva, desdobra-se em decisão de mérito da própria demanda judicial.

Nos moldes constitucionais, como foi mencionado na seção anterior, nada se suplica ao Estado, mas sim, se exige do Estado (LEAL, 2010), e essa máxima também é aplicável para a tutela jurisdicional. Exige-se do Estado uma apreciação de determinada demanda que ao ser adequada à estrutura metodológica do devido processo legal, confere legitimidade ao Estado para basicamente responder ao pedido. É sempre necessário pontuar que não de ser respeitadas as garantias processuais constitucionais como o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.

Contudo, é interessante problematizar o conceito de tutela jurisdicional, para que se perceba que esse nome representativo do conceito que foi delineado até então, se adequa melhor ao ser mencionado como tutela legal. Nesse sentido, é evidente que a jurisdição não possui

poder criativo de direitos, mas apenas de reconhecer, definir, ao final da estrutura metodológica e constitucionalizada do devido processo legal, direitos vigentes, sejam eles materiais ou processuais (LEAL,2010). É digno de menção que não pretendemos postular, nesse trabalho, que a tutela jurisdicional é equivalente ao provimento do juiz nomeado como sentença. Ou seja, a tutela jurisdicional deve, apesar da nomenclatura já consolidada pela doutrina, ser observada sempre com vistas à uma tutela legal, isto é, o conteúdo da lei (tutela legal) aplicado pelo provimento também previsto em lei segundo o princípio da reserva legal (LEAL,2010).

4.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Seguindo o fio de Ariadne que conduz a argumentação no que toca a tutela jurisdicional, é forçoso que a efetividade da tutela do Estado, através da lei, e não dos desígnios do magistrado é efetiva quando se conforma e confirma com o devido processo legal. Então, propomos nessa seção, pontuar a efetividade da tutela jurisdicional conquanto as ideias presentes no livro “A constitucionalização simbólica” (NEVES, 2013). Inicialmente abordaremos a definição conceitual do que é simbólico, passaremos à legislação simbólica e por derradeiro à constitucionalização simbólica.

Em primeiro lugar, devemos assinalar que o conceito de símbolo é completamente variável em se tratando do campo da Sociologia, – que é a disciplina que o estuda com maior afinco – contudo, para os fins propostos nesse trabalho, filiaremos à seguinte definição: “[...] o termo “simbólico” é utilizado para indicar todos os mecanismos de intermediação entre sujeito e realidade” (NEVES, 2013, p. 12). Haveria uma descontinuidade entre o significante e o significado que faria com que o símbolo, isto é, a representação deste hiato entre um e outro, fosse constituído. Habitando as veredas dessa descontinuidade, podemos ainda dizer que o símbolo cumpre uma função importante socialmente, função essa de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem, um sentido no mundo (BOURDIEU, 1989). Podemos observar essa característica contígua do símbolo, por exemplo, na obra “Totem e tabu” de Sigmund Freud (1913). Nesse sentido, no intuito de refinar a definição dada por Marcelo Neves (2013), cabe aqui ainda uma menção à Bourdieu (1989, p.10) no que toca a função do símbolo:

Os símbolos são os instrumentos por excelência da “integração social”: enquanto instrumentos de conhecimento e comunicação, eles tornam possível o consensus acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social [...].

Em posse das delimitações fornecidas pelos autores, podemos nos perguntar se o direito é um elemento simbólico, já que esse é um ponto de intersecção entre o conjunto social real (povo) e o Estado, um ente fictício, mas que regula as condutas daqueles sob sua égide. Creemos que essa é uma resposta positiva para alguns autores, mas aqui nos filiamos a Marcelo Neves (2013) que pontua precisamente que quem assim afirma o símbolo confunde o simbólico com o semiótico e que seria incompatível proceder a análise da legislação ou constitucionalização simbólica se já considerássemos estas aprioristicamente simbólicas, pois tratar-se-ia de uma tautologia (NEVES, 2013). No entanto, não se pretende aqui prosseguir nessa vereda, pois não se confunde com o objetivo geral do trabalho explorar os interstícios entre simbólico e semiótico.

Dessa forma, em se tratando de legislação simbólica e constitucionalização simbólica iremos tratar dessas categorizações na justa medida em que elas apresentam um significado virtual e outro manifesto. O simbolismo da legislação ou Constituição é precisamente a sobreposição do seu sentido denotativo, como exalado pelo legislador ordinário, pelo sentido conotativo que é recebido pelos demais agentes. Essa coesão, manifestamente amalgamada por um hiato entre os interlocutores é eminentemente simbólica.

O livro “A Constitucionalização Simbólica” (2013), primeiramente faz menção à legislação simbólica, que possui três variáveis que a constituem, quais sejam, instrumentais, expressivas e simbólicas. Essas variáveis são assim definidas por (NEVES, 2013, p. 25):

As funções instrumentais implicariam uma relação de meio-fim, a tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante a ação. Na atitude expressiva, há uma confusão entre o agir e a satisfação da respectiva necessidade. Enquanto a ação instrumental constitui-se em “veículo de conflito”, o agir expressivo é “veículo de catarse”.

Ao contrário das funções instrumentais e funções expressivas, que estão consoantes um sentido de efetivação do enunciado (no caso legal) proposto, a função simbólica destoa dessas duas pelo exato motivo de que ela não é caracterizada pela imediatidade da satisfação das respectivas necessidades. Disso decorre que a função simbólica não se orienta por uma conexão direta e manifesta entre significante e significado, manifestando-se sobremaneira por seu sentido mediato e latente (NEVES, 2013). Aqui é necessário salientar que “a distinção entre instrumental, expressiva e simbólica só é possível analiticamente: na prática dos sistemas sociais estão presentes essas três variáveis” (NEVES, 2013, p 26). Isto é, ao afirmarmos que uma legislação é simbólica estamos a dizer que a característica que nela mais predomina é a função simbólica. Assim é definida a legislação simbólica em (NEVES, 2013, p. 32), a saber:

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo- jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídica

A constitucionalização simbólica segue o mesmo sentido da legislação simbólica, ou seja, tem uma hipertrofia da função simbólica em detrimento da normatividade jurídica. No entanto, diferentemente da legislação ordinária, a Constituição é o início e o fim do sistema jurídico, no sentido de que ela é o construto principal que empresta fundamento de validade para as outras disposições legais e regimentais ulteriores. A Constituição, nas sociedades contemporâneas é a forma própria pela qual o sistema jurídico rege a própria autonomia (NEVES, 2013). É evidente que existe um hiato quando o texto constitucional não é compatível com a realidade experimentada por todos àqueles que a égide da Constituição se direciona. Ocorrendo essa situação na prática, é também de se salientar que o hiato é preenchido pela função simbólica que intermedia esse texto constitucional com a realidade, retirando, portanto, a normatividade jurídica do texto constitucional. O texto constitucional perde potência quando da hipertrofia da função simbólica, já que as normas constitucionais são deformadas em seu pleno processo de concretização. Em correspondência a este fato, (NEVES, 2013, p. 77 apud MÜLLER, 1984), menciona o que se entende por normatividade:

Normatividade significa a propriedade dinâmica da [...] norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (normatividade concreta) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (normatividade materialmente determinada).

Ante a função simbólica predominante, as normas constitucionais perdem normatividade já que são impotentes em influenciar o substrato material real a elas relacionadas. Se pensarmos que é do texto constitucional que partem as orientações que vinculam as condutas e regulam as expectativas, quando o texto constitucional não tem normatividade jurídica, até mesmo as garantias fundamentais estão sob ameaça. É dessa forma que a efetividade da tutela jurisdicional pode ser vilipendiada, pois, sem uma concretização constitucional precisa daquelas normas paradigmáticas, como contraditório, ampla defesa, isonomia e influência podem sucumbir à mera escrita na constituição.

Como foi delineado no trabalho até então, o processo como instituição constitucionalizada e vinculadora das expectativas das partes, precisa de um devido processamento legal das demandas levadas ao judiciário, sob pena de invalidade do provimento final do Estado. Não se garantindo a normatividade jurídica pela positivação oriunda das normas fundamentais constitucionais relativamente ao processo observando que vale mais a função simbólica desta, o projeto do Estado Democrático de Direito fica também comprometido.

Nesse sentido, observamos um grande potencial para que determinada situação aconteça, isto é, uma hipertrofia do simbólico em detrimento da normatividade jurídica, naquilo que é levantado como argumento pela escola instrumentalista do processo. Isso será, com maior profundidade, abordado na seção seguinte.

4.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A TEORIA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO

Nas seções anteriores, foram perpassadas as características da teoria instrumentalista do processo que guarda grande semelhança com a teoria da relação jurídica. Munidos dessas características, pretendemos na presente seção observar como os argumentos instrumentalistas podem ser um arauto da constitucionalização simbólica em se tratando de normas processuais constitucionais.

A pedra de toque da teoria instrumentalista do processo é, sem sombra de dúvidas, o papel concedido ao juiz, que se torna o timoneiro do litígio posto em juízo. O juiz, com seus desígnios próprios e imanentes, tem o salvo-conduto para decidir conforme seu senso de justiça e trazer a justiça em si mesma para as partes. O processo, nessa condição, se torna instrumento exclusivo da jurisdição, já que o provimento final pelo juiz é apenas um meio para confirmar as proposições estatais --que no caso da teoria de Dinamarco (2003) -- são metajurídicas. Nessa teoria, por consectário, não se enxerga nenhum tipo de garantias dadas às partes, mas na verdade, encontra-se imposição, do réu ao autor e de ambos ao juiz. A única contrapartida que se coloca ao magistrado, mas ainda de forma muito efêmera, é pautada na pressuposta imparcialidade do juiz, requisito mais oriundo do bom senso do que de uma argumentação sólida.

Assim, o contexto necessário de substrato para a teoria instrumentalista do processo tampouco é passível de prosperar, porque não se alinha aos ditames do Estado Democrático de Direito, despojando as partes processuais de quaisquer garantias. Nada obstante, é justamente por isso que a Constituição de 1988 foi enfática ao positivar as normas processuais constitucionais e fazer com que a partir de então toda a matéria de processo fosse interpretada em consonância com a Carta Magna. É necessário, hodiernamente, respeitar o conteúdo principiológico do devido processo legal, sob pena de invalidade e nulidade de todo o procedimento que foi iniciado. Junta-se a isso, a característica incondicional do direito de ação, que é, em última instância, o direito de exercer a cidadania em movimentar o aparato estatal quando se tem em vista uma possível ameaça ou lesão a direito. Esse é o panorama.

Justapondo essas duas concepções e direcionando os olhares do fenômeno da constitucionalização simbólica, percebemos, por exemplo, ao passo que é positivado na constituição, a fundamentação das decisões jurisdicionais (Art. 93, IX da Constituição de 1988), um juiz não pode decidir e atuar livremente como queria Dinamarco (2003). Porém, a realidade constitucional, a despeito do texto constitucional nos diz o contrário, como observamos no voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, citado acima. Se a realidade constitucional das normas processuais constitucionais não consegue gerar expectativas de comportamento em razão da normatividade jurídica eminente, é o caso de uma constitucionalização simbólica das normas processuais constitucionais. Pode-se dizer que “no caso da constitucionalização simbólica, à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional” (NEVES, 2013, p.87). Se um magistrado conduz todo o procedimento ao seu alvedrio, sem proporcionar entre os atos processuais espaço para o contraditório e ampla defesa, e decide conforme a sua consciência, já que está a realizar os escopos metajurídicos do Estado, as normas constitucionais são deveras tolhidas de vínculo normativo. Sem o vínculo normativo com a Constituição, decorre a inefetividade, pois esta deve ser sempre observada do ponto de vista do Estado Democrático de Direito. Conforme (NEVES, 2013, p. 84):

Nas palavras da metodologia normativo-estruturante, não há uma integração suficiente entre programa normativo (dados linguísticos) e âmbito ou domínio normativo (dados reais). Não estão presentes as condições para o processo seletivo de construção efetiva do âmbito normativo a partir dos âmbitos da matéria e do caso, com respaldo nos elementos linguísticos contidos no programa normativo.

A possibilidade discricionária do magistrado, saudada pela teoria instrumentalista do processo já é um indicativo dessa não integração do âmbito normativo, ao passo que ao fim do processo pode sobrevir a famigerada “decisão surpresa”. A elasticidade interpretativa e de condutas com a qual o magistrado estaria acostumado faz com que “os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do meio ambiente” (NEVES, 2013, p. 85). Leia-se fatores do meio ambiente como a consciência de justiça do juiz. Ademais, a teoria instrumentalista do processo incentiva o solipsismo do magistrado fazendo com que as partes envolvidas no litígio não participem de forma plural no processo, esperando somente o seu provimento final. O contraditório (Art. 5º, LV da Constituição de 1988), que nada mais seria do que o exercício da cidadania, é para a teoria instrumentalista relativizado, o que obstaculiza os influxos da sociedade em si mesma para influenciar

o resultado do processo. Em sede de constitucionalização simbólica, Marcelo Neves (2013, p. 86) percebe que:

[...] além da ausência de um “público pluralista” como participante (em sentido lato) do processo de concretização constitucional, as disposições constitucionais não são relevantes para os órgãos estatais vinculados estritamente à sua interpretação-aplicação.

A teoria instrumentalista do processo, sob o viés que é tida neste trabalho, realiza justamente o relatado acima, isto é, afasta o público como participante do processo de concretização constitucional (Art. 5º XXXV, CF), e basicamente proporciona que o juiz seja o único interprete e aplique a lei sozinho.

Ainda de acordo com Marcelo Neves (2013, p. 86), temos que:

Nas situações de constitucionalismo simbólico, ao contrário, a práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de “socavar” a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de violá-la contínua e casuisticamente. Dessa maneira, ao texto constitucional includente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do “público”, não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material.

Se a teoria instrumentalista do processo for encarada sob o prisma aventado pela constitucionalização simbólica, percebemos que é inviável se obter uma efetiva tutela jurisdicional. Logicamente, se o Estado-juiz, centra somente o processo em si e considera este como instrumento da jurisdição e dos seus escopos metajurídicos, proporciona uma realidade constitucional excludente porquanto não aceita a participação das partes horizontalmente e concorrendo para argumentar e contra-argumentar com fins de influenciar o magistrado na decisão final. A tutela jurisdicional é fruto, por conseguinte, do devido processo legal (constitucional), que inclui as partes nos procedimentos e proporciona a elas as vigas mestras processuais constitucionais, quais sejam, ampla defesa, isonomia e contraditório. Porém, se as partes não têm a oportunidade, ficam sujeitas aos comandos imperativos do Estado, e ao fim do procedimento recebem uma decisão que tange completamente o tema que foi trazido à juízo em virtude do fato de que o magistrado imiscuiu os objetivos das partes aos escopos metajurídicos do processo. Essa tutela não é constitucional, portanto, ineficaz. Se é ineficaz, as normas previstas na Constituição são, na prática, mitigadas, pois, a função simbólica apresenta uma hipertrofia em detrimento de vincular as condutas objetivamente, isto é, carece normatividade jurídica.

O princípio da instrumentalidade das formas pode também nos conduzir para o mesmo espiral. Ao ser relativizada a forma prevista para a prática dos atos processuais, gera-se um hiato entre o que está positivado (texto constitucional) e o que de fato é praticado (realidade constitucional). Esse hiato é preenchido pela função simbólica. Como dissemos, a forma deve ser encarada como a identidade do ato processual, como seu reflexo específico, sem o qual ele não existe. O ato processual deve conter uma mínima ipseidade. Quando se diz isso, não se está aqui a defender um culto à forma, ou um formalismo exacerbado em que não são tolerados equívocos conquanto o contorno de determinado ato processual. O que está a se dizer aqui é que um ato processual, se previsto em sua forma, deve ser respeitado. Se foi levado ao mundo jurídico de forma errônea, que se conceda a oportunidade de corrigi-lo para respeitar a forma proposta para um Estado Democrático de Direito. Isso não é um posicionamento contra

a celeridade processual, pois entende-se duração razoável do processo como o respeito ao tempo previsto em lei. Processo não deve ser uma corrida contra o tempo, pois no processo até mesmo o tempo é regulado pela forma.

Conforme Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2012, p.163):

Assinale-se que a exigência constitucional de se obter a prestação da atividade jurisdicional em tempo útil ou prazo razoável, o que significa adequação temporal da jurisdição, mediante o processo sem dilações indevidas, não permite o Estado impingir ao povo a aceleração dos procedimentos pela diminuição das demais garantias processuais constitucionais.

O grande equívoco da escola instrumentalista do processo, e porque não da escola da relação jurídica, é não se preocupar em incutir no processo quaisquer garantias sólidas para os agentes que estão nele imersos. A preocupação em deixar o processo menos burocrático vem sempre com a contrapartida de deixá-lo menos efetivo em vistas da Constituição de 1988. O juiz passa a ser o fechamento do ordenamento e do sistema jurídico, e não mais a Constituição, que dispõe de suas normas meramente como uma intermediação entre o texto e o real, mas sem nenhuma capacidade de vincular expectativas ou condutas.

Não sem o evidente brilhantismo, ainda acompanhamos, por derradeiro, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2012, p. 163), quando diz que:

A restrição de quaisquer dessas garantias processuais constitucionais, sob a canhestra justificativa de agilizar ou tornar célere o procedimento, revela-se inconstitucional e antidemocrática, somente prestando para estimular o arbítrio dos juízes, fomentar a insegurança jurídica e escarnecer a garantia fundamental do devido processo legal, em resumo, deslavada e grosseira agressão ao modelo constitucional do processo concebido pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, verdadeira fraude à Constituição.

5. CONCLUSÃO

A investigação empreendida até aqui nos mostrou que os princípios conclamados pela teoria instrumentalista do processo não são compatíveis, em termos processuais, com o conteúdo estrutural e estruturante do Estado Democrático de Direito. Esse conteúdo é propriamente o devido processo legal, que por corolário é constitucional, sendo o seu regular desenvolvimento necessário para a prosperidade do ideário da Constituição de 1988. Como também restou claro a partir do desenvolvimento argumentativo apresentado, o princípio da instrumentalidade das formas também deve ser questionado, haja vista que a sua fonte de sentido é a teoria instrumentalista do processo. Ainda, foi posto que a relativização das formas processuais, é preocupante na medida em que as formas dos atos processuais são consideradas meros instrumentos. A instrumentalização dos atos é semelhante a que ocorre no processo, pulverizando as garantias e expectativas conforme o Estado-juiz detém a última interpretação ao seu alvedrio.

Ao se colocar o processo como um instrumento, proporciona-se que o juiz intérprete conforme seu ínsito senso de justiça e não se deixe amalgamar pelo conteúdo principiológico do devido processo legal. O juiz solipsista afasta as partes do poder judiciário lhes impedindo

de influenciar sua decisão através do contraditório e da ampla defesa. Disso decorre a constatação de uma constitucionalização simbólica, haja vista que é positivado na nossa constituição a participação das partes no provimento final do magistrado que, sobretudo, deve ser fundamentado e congruente ao pedido destas. Porém, na prática não é isso que se observa, e fizemos constar isso com o exemplo da decisão do excelentíssimo Ministro Humberto Gomes de Barros do Superior Tribunal de Justiça⁵. Faz-se necessário perceber que por meio da teoria instrumentalista do processo, bem como pela instrumentalidade das formas que é deduzida desta, o magistrado sempre é um agente processual em potência. Aqui, nos valem da polissemia da palavra potência para demonstrar algo que ainda não se manifestou em ato, mas que não se sabe de antemão em qual ato essa potência irá se resultar. Exemplificando, o juiz, sobre o fulcro da teoria instrumentalista do processo, é mormente imprevisível, podendo surpreender a todos no seu provimento final, única e exclusivamente porque a sua consciência assim o orienta.

A teoria instrumentalista do processo oportuniza o fenômeno da constitucionalização simbólica. A hipertrofia da função simbólica da norma processual constitucional em detrimento da sua normatividade é evidente quando o magistrado não se coaduna com as garantias estruturais e estruturantes do devido processo legal. Ao texto constitucional integrativo, se opõe diametralmente a prática real dos agentes que é de desintegração e afastamento da influência do público a que se direciona o provimento.

Logo, esse conjunto de ideias apresentadas deixa manifesta a incompatibilidade da teoria instrumentalista do processo com o Estado Democrático de Direito. Novamente reiteramos que o princípio da instrumentalidade formas processuais, que são deduzidas da teoria instrumentalista do processo, tampouco podem ser consideradas como um instrumento com fins prementes que não sejam a garantia de uma previsibilidade pelas partes processuais de que o arcabouço legal do processo está sendo respeitado. Sem uma elementar observação dos princípios constitucionais processuais e um necessário reflexo daquilo que está no texto e do que se oportuniza na prática é impossível uma tutela jurisdicional válida.

Com extrema precisão, André Cordeiro Leal (2008, p.34) diz que:

[..]não mais se poderia afirmar jurisdição como atividade do juiz no desenvolvimento do poder do Estado em dizer o direito ou em aplicá-lo ao caso concreto, mas, sim, como o resultado necessário da atividade discursiva dos sujeitos do processo a partir de argumentos internos ao ordenamento.

Dessa forma, é imperioso perceber que o processo deve ser encarado como uma relação dialética e dialógica entre os sujeitos, e que o provimento final pelo magistrado somente pode prosperar no mundo jurídico se for uma consequência eminentemente congruente aos discursos trazidos pelas partes. Não é o juiz que elabora as condições para que tal atividade discursiva aconteça, mas sim a Constituição. O juiz somente as proporciona, desobstruindo o caminho, saneando quando necessário o procedimento, para que ele possa sempre claramente decidir conforme aquilo que lhe foi pedido. O juiz que não se posiciona dessa forma, que mitiga o procedimento e relativiza as condições, é um arauto da constitucionalização simbólica.

Em síntese, considera-se que o processo não é uma relação jurídica em que se realizam procedimentos meramente técnicos e se decide conforme o arrebatamento do julgador. Pro-

5 (Cf. LEAL, 2008, p. 24).

cesso é a realização de condições previstas constitucionalmente, e que não tem nenhum fim ulterior que não seja nele mesmo em consonância com seu próprio conteúdo metodológico, principiológico e dialético. Em se tratando de Processo, a normatividade constitucional não pode deixar de ser problematizada.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, [s. l.], ano 2004, v. 90, p. 69-170, 21 dez. 2012. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/issue/view/2>. Acesso em: 4 maio 2021.
- BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN. 2005.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. **Sistema de direito processual civil**. v.2. [S. l.]: Lemos & Cruz, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: volume 3: a relação processual ordinária de cognição**. São Paulo: Saraiva. 1945.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Legitimidade dos atos jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v.13, n.1, p.10-19, 1º sem. 2017.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito** – 2ª ed., ver e ampl. – Belo Horizonte, Del Rey, 2012. 212p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 2 a 4, 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1 a 4, 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- FIORATTO, Débora Carvalho. **Teoria das nulidades processuais: interpretação conforme a Constituição** – 2.ed. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- FREUD, S. (1913). **Totem e Tabu**. In: FREUD, S. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. v. 13. Rio de Janeiro: Imago, 1990, p. 11-125.
- LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris,1990.
- LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. – Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira, – **Teoria Geral do processo: primeiros estudos**. 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: 1984.
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 43 - 55, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.16>
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Prazos e nulidades em processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense,1990.
- THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. **As nulidades no Código de Processo Civil**. Revista de Processo , [s. l.], vol.30, p.38, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ZINGANO, Marco. **Forma, Matéria e Definição na Metafísica de Aristóteles**. Cad. Hist. Fil. Ci., Campinas, [s. l.], v. 13, ed. 2, p. 277-299, 2003. Disponível em: <https://www.cle.unicamp.br/eprints/index.php/cadernos/article/view/726/612>. Acesso em: 3 maio 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 01/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 16/05/2022
- Avaliação 2: 31/07/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2022
- Retorno rodada de correções: 15/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 21/08/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES VERSUS MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: DA NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DA SUBJETIVIDADE DO JULGADOR POR MEIO DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

GROUNDS FOR DECISIONS VERSUS REASONS
FOR COURT DECISIONS: THE NECESSARY
OVERCOME OF THE JUDGE'S SUBJECTIVITY THROUGH
THE CONSTITUTIONALIST THEORY OF PROCESS

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS¹

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS²

PAULA ROCHA DE OLIVEIRA³

RESUMO

Investiga-se, no presente artigo, a compreensão democrática do dever de fundamentação das decisões, desconstruindo a equivocada ideia de que fundamentação seria sinônimo de motivação. A partir da Teoria Constitucionalista do Processo e do contraponto entre os dois conceitos, demonstra-se que a atividade jurisdicional ainda se encontra impregnada de altas cargas de subjetividade, o que obsta a sua democratização. Para o presente estudo, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva

1 Coordenador do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC. Editor Chefe da Revista Jurídica Meritum. Professor da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, aonde é docente permanente da Graduação, Especialização e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD), desde 2009. Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, aonde também exerce o Magistério como Professor convidado (desde 2005). Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal). Fundador e Coordenador Geral do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Associado e Diretor Departamental do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI). Membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (1998). Disciplinas isoladas do Doutorado em Direito Público da PUC MINAS (2008-2009). Associado fundador do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (desde 1993). Advogado licenciado, filiado a Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional Minas Gerais), desde 1998. Gestor da Biblioteca Desembargador Pedro Henrique de Oliveira Freitas (com mais de 6.000 títulos nacionais e internacionais). Livros jurídicos e Artigos científicos publicados no Brasil e na Europa (desde 1998), com textos citados em bases bibliográficas e jurisprudenciais diversas. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais (SEER IBICT / QUALIS CAPES). Participação ativa em Congressos Nacionais e Internacionais. Dupla cidadania (Brasil/Itália). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-7198-4567>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

FREITAS, Sérgio Henrique Zandona; FREITAS, Gabriela Oliveira; OLIVEIRA, Paula Rocha de. Fundamentação das decisões versus motivação das decisões judiciais: da necessária superação da subjetividade do julgador por meio da teoria constitucionalista do processo. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 144-160, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9121>.

macro para uma concepção micro analítica acerca da questão ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico, a análise temática, teórica e interpretativa.

Palavras-chave: Motivação das Decisões; Subjetivismo da atividade jurisdicional; Fundamentação das Decisões; Direito Processual Constitucional; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This article investigates the democratic understanding of the duty to justify decisions, deconstructing the mistaken idea that reasoning would be synonymous with motivation. From the Constitutionalist Theory of Process and the counterpoint between the two concepts, it is shown that the jurisdictional activity is still impregnated with high loads of subjectivity, which prevents the democratization of the jurisdictional activity. For the present study, bibliographic research and the deductive method will be used, starting from a macro perspective for a micro analytical conception about the subject under study and, finally, as a technical procedure, the thematic, theoretical and interpretive.

Keywords: Motivation of Decisions; Subjectivism of jurisdictional activity; Rationale for Decisions; Constitutional Procedural Law; Democratic state.

1. INTRODUÇÃO

Uma das características do Estado Democrático de Direito consiste no dever do Estado (e não só do Judiciário) de fundamentar suas decisões, o que permite o controle dos atos estatais e torna possível eliminar a pessoalidade/subjetividade que poderia permeá-los. Por esta justificativa, a Constituição de 1988 incluiu, em seu artigo 93, IX, a obrigação de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade.

Em que pese tal previsão constitucional, que já completou mais de 30 anos, ainda se verifica, tanto na literatura jurídica, quanto na jurisprudência, o tratamento equivocadamente polissêmico do princípio da fundamentação das decisões, que é frequentemente confundido com motivação. Assim, torna-se necessário investigar o sentido de tal princípio, esclarecendo, ainda, a sua conformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Trata-se de questão com importância teórico-acadêmico-científica e prática, tendo em vista a necessidade de uma correta compreensão do dever de fundamentação das decisões, a fim de que seja possível livrar a atividade jurisdicional das cargas de subjetividade, que a impedem de escapar de um modelo de Estado Social.

Por meio de uma análise do referido princípio e por meio de um contraponto com a ideia de motivação das decisões judiciais, é que se pretende resolver a inadequada interpretação da atividade jurisdicional, adequando-a, por consequência, à lógica da processualidade democrática.

2 Doutora, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas. Professora de Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC. Professora de disciplinas de Direito Processual em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Coordenadora-Adjunta e Pesquisadora do IMDP - Instituto Mineiro de Direito Processual. Editora Chefe das Revistas Cadernos Jurídicos do IMDP e Revista Jurídica IMDP. Diretora Institucional e de Comunicação do INPEJ - Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5644-782X>.

3 Mestranda pelo PPGD FUMEC. Pesquisadora ProPic FUMEC. Professora Universitária. Assistente Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9589-7230>.

Para tanto, adota-se como referencial teórico a Teoria Constitucionalista do Processo, idealizada pelo autor mexicano Hector Fix-Zamudio (FIX-ZAMUDIO, 1974; FIX-ZAMUDIO, 1975; FIX-ZAMUDIO, 1982; FIX-ZAMUDIO, 1988) e, divulgada, na Itália pelos autores Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (ANDOLINA; VIGNERA, 1990) e, no Brasil, pelo jurista mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho, como principal expoente no Direito Nacional e Internacional na área do Direito Constitucional e do Direito Processual Constitucional, a começar por sua clássica obra o “Processo Constitucional” de 1984 (BARACHO, 1984) e, hoje, difundida em centenas de publicações pelo principal adepto de referido marco, o professor e advogado Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (BRÊTAS, 2004).

Para o presente estudo, utilizar-se-á ainda a pesquisa bibliográfica e o método hipotético dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do ponto controvertido ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico, a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

2. O PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Entende-se por Estado Democrático de Direito aquele submetido às “normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional”, em que se estabelece uma “estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito” (BRÊTAS, 2010, p. 54).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias afirma que o Estado Democrático de Direito representa uma fusão entre o Estado de Direito e o princípio democrático e acrescenta que:

[...] essa fusão permite criar um sistema constitucional marcado de forma preponderante pela associação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que integram seu ordenamento jurídico (Estado de Direito), sobretudo aquelas pertinentes aos direitos fundamentais. (BRÊTAS, 2010, p. 147).

No que se refere ao princípio democrático, deve-se observar que democracia remete, primariamente, à ideia “governo do povo”. Ou seja: democracia significa permitir a participação do povo, conferindo legitimidade à atuação do Estado nas esferas legislativa, administrativa e judicial, nos termos dispostos no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República do Brasil de 1988 (CR/88), segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (BRASIL, 1988).

Buscando conceituar democracia, Simone Goyard-Fabre afirma que esta:

[...] define a forma de um regime que, fundando a autoridade do governo no povo, garante a presença dos governados ao exercício do poder. Por outro lado, transporta e transpõe para a esfera política o caráter conflituoso das paixões humanas, de forma tal que, no mesmo movimento que suscita a esperança da liberdade e da igualdade, faz pesar sobre a Cidade as ameaças da desrazão que o desejo insaciável do povo introduz na razão. (GOYARD-FABRE, 2003, p. 13).

Assim, nesse modelo, o poder é exercido em razão da vontade soberana do povo, que, por meio de uma série de direitos e garantias consagrados no ordenamento jurídico, também

“possui direito de fiscalizar as formas de manifestação e aplicação de tal poder” (MADEIRA, 2009, p. 22), o que garante a legitimação democrática da atuação do Estado.

É o que assevera Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Tudo isso significa permanente sujeição do Estado Brasileiro ao ordenamento jurídico vigente, integrado por normas de direito (regras e princípios jurídicos), emanadas da vontade do povo, que se manifesta por meio dos seus representantes eletivos ou diretamente, por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, motivo da menção explícita da Constituição brasileira ao princípio da reserva legal (ou princípio da prevalência da lei), como garantia fundamental das pessoas (artigo 5º, II), e ao princípio da legalidade, estruturante do Estado de Direito brasileiro (artigo 37). (BRÊTAS, 2006, p. 156).

Do princípio democrático ainda resulta, no âmbito jurisdicional, o dever do Estado e o direito do jurisdicionado de buscar uma resposta às suas pretensões, com a devida fundamentação, por meio da garantia de ampla participação na construção das decisões, observado, assim, o devido processo legal.

Em razão da consagração jurídico-constitucional dessa nova principiologia, o processo deve ser analisado sob uma perspectiva democrática e, por isso, é necessário romper com as teorias do processo que permitem a concepção da atividade jurisdicional como um poder do Estado, a fim de compreendê-la como um direito fundamental. Esse rompimento deve ser estabelecido, principalmente, com a Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Büllow, segundo a qual o processo é uma relação jurídica entre autor, réu e juiz. Tal teoria foi trazida ao Brasil por Enrico Tulio Liebman, influenciando Alfredo Buzaid na elaboração do Código de Processo Civil de 1973 e sendo acompanhada pela intitulada Escola Paulista/Instrumentalista de Processo (BRASIL, 1973).

O Código de Processo Civil de 1973 sofreu, ao longo dos quarenta anos de vigência, mais de sessenta e seis leis modificadoras de seu conteúdo, sendo seis na década de 70, onze na década de 80, vinte e duas na década de 90, demonstrando forte produção legislativa, que resultou em uma descaracterização do principal mecanismo processual brasileiro. (BRASIL, 1973).

Assim é que, a elaboração do Código de Processo Civil de 2015, por meio da recente aprovação da Lei n. 13.105/2015, encontrou sua essência fundamental na necessidade de ressystematização do principal instrumento processual brasileiro. Ressalte-se ainda o aumento dos poderes instrutórios e decisórios do julgador, como exemplo a própria concessão de tutelas de evidência de ofício, tanto nas mãos do magistrado de primeiro grau, quanto do relator do processo nos tribunais, o que parece ser o tônus da nova codificação brasileira, com amplo prestígio ao princípio da razoável duração do processo e o vínculo infraconstitucional à teoria instrumentalista do processo (BRASIL, 2015), objeto principal de estudo no Instituto Brasileiro de Direito Processual (INSTITUTO, 2015).

Para a doutrina instrumentalista, “o conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é expressão do poder do Estado” (GONÇALVES, 2012, p. 157), fazendo com que a atividade do juiz seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua clarividência, em uma atividade solitária e solipsista, o que não é compatível com a noção democrática de processo. Ou seja, ao tratar o processo como um instrumento de busca pela “paz social” e “pela justiça”, admite-se que o magistrado se torne a figura suprema da relação processual e atue de forma discricionária e arbitrária, buscando aplicar sua pró-

pria e subjetiva noção de “justiça”, assim desconsiderando a atuação das partes/participação popular, o que não se mostra consentâneo com a atual conjuntura constitucional do processo.

Assim, referida doutrina deve ser abandonada, uma vez que, no contexto democrático, não se pode “reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade de modo que o debate processual é relegado a segundo plano” (NUNES, 2011, p. 49).

Como superação da mencionada teoria, na tentativa de ampliar a participação das partes no processo jurisdicional, surge a teoria estruturalista⁴ de Elio Fazzalari, segundo o qual o processo seria o procedimento em contraditório, cuidando Fazzalari de diferenciar procedimento de processo e de elevar o contraditório à condição de pressuposto essencial para a existência de processo (FAZZALARI, 2006).

Dessarte, esclarece Fazzalari:

Existe, em resumo, o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. (FAZZALARI, 2006, p. 120).

A teoria de Fazzalari é de grande relevância para a compreensão do processo democrático, uma vez que inclui o contraditório como parte do conceito de processo, concluindo que não há processo, mas tão somente procedimento, quando ausente o contraditório. A relevância dos estudos de Fazzalari não está somente na diferenciação entre processo em procedimento, mas também na inclusão da participação das partes como elemento essencial para que se possa falar em processo.

Percebe-se que, assim, iniciam-se os estudos do Direito Processual a partir de uma perspectiva democrática, fazendo com que a atividade jurisdicional deixasse de ser controlada pelo julgador, incluindo, agora, a participação e fiscalização dos interessados.

A atividade jurisdicional não pode, portanto, ser reduzida à mera “vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva”, tendo em vista que a função do julgador se limita a ser “o aplicador da lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes construtoras da estrutura procedimental” (LEAL, 2010, p. 63).

Complementando a teoria de Fazzalari, a teoria constitucionalista do processo não afasta a alegação de ser o processo um procedimento em contraditório, mas acrescenta que o processo seria também uma garantia de exercício dos direitos fundamentais, o que lhe concede uma perspectiva constitucional.

É o que considera Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

[...] a teoria estruturalista de Fazzalari carece de alguma complementação pelos elementos que compõe a teoria constitucionalista, porque a inserção do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento for-

4 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Carlos Henrique Soares afirmam que a teoria elaborada por Fazzalari é denominada estruturalista, porque trata o processo como “procedimento que se desenvolve dentro da estrutura dialética e constitucionalizada do contraditório” (SOARES; BRÊTAS, 2011, p. 103).

mativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada. (BRÊTAS, 2010, p. 91).

A teoria constitucionalista do processo tem por base o estudo dialógico participativo, principal foco de pesquisa na Escola Mineira de Processo, conforme destaque no Instituto Mineiro de Direito Processual (INSTITUTO, 2015). Para tanto, comentário de Dierle Nunes:

A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedade altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou o proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões. Assim, toda decisão deve ser resultado de um fluxo discursivo balizado por um procedimento embasado nos princípios fundamentais (processo) que permita uma formação processual de todo exercício do poder. (NUNES, 2011, p. 203).

A origem dos estudos acerca do processo em conjunto com o texto constitucional remonta ao mexicano Hector Fix-Zamudio⁵ e ao uruguaio Eduardo Couture⁶.

Em homenagem à memória de Eduardo J. Couture, o Instituto Iberoamericano de Direito Processual foi fundado em Montevideu, nas Primeiras Jornadas Latino-Americanas de Direito Processual, realizadas em 1957, representando importante associação civil nos estudos da democratização do Direito Processual (INSTITUTO, 2015).

Diante dos avançados estudos do Processo constitucionalizado, José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que “o direito processual tem linhagem constitucional, circunstância que dá maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias” (BARACHO, 2006, p. 14), ainda acrescentando que “o processo constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais” (BARACHO, 2006, p. 95).

Nesse sentido:

O Processo deve servir como uma instituição de cidadania democrática, inconcebível a formulação de decisões sem observância da técnica normativa estrutural, pautada principalmente no modelo constitucional do processo, em que devem ser observadas as razões de justificação deduzidas pelas partes, no procedimento em contraditório, pela simétrica paridade, em torno das questões de fato e de direito processual ou material discutidas nos autos. (FREITAS; FREITAS, 2021, p. 294).

E, como alerta, Marcos Vinícius Mendes do Valle:

[...] Exatamente por explicitar a premência da delimitação do objeto da interpretação e da vinculação ao problema a ser interpretado, não reconhece validade ao processo de interpretação que busque solapar o próprio texto da norma

5 Fix-Zamudio, em sua obra “Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica”, de 1974, analisou a relevância que as garantias fundamentais passaram a ter nos estudos de direito processual, concluindo que, diante da existência de numerosas disposições constitucionais acerca dos direitos das partes no processo civil, torna-se impossível desvincular qualquer legislação processual de tais direitos fundamentais. (FIX-ZAMUDIO, 1974).

6 Apesar de verificar que Eduardo Couture ainda considera o processo como um instrumento da jurisdição, seguindo a orientação da Teoria do Processo como Relação Jurídica de Büllow, é possível constatar em seus estudos um esboço de um direito processual constitucional, a partir da ideia de que o processo deve ser estruturado por meio de um método dialético, permitindo que as partes e o juiz realizem o debate, tendo esclarecido Couture que a atividade jurisdicional se “serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade” (COUTURE, 2008, p. 44).

Constitucional e aqui se trata do texto da Constituição e dos princípios que nela estão inseridos, explícita ou implicitamente. Isso não significa, não obstante, a impossibilidade de extração de sentido e da criação da norma para o caso concreto, mas a fixação de limites à dilapidação da própria norma Constitucional. [...]. (VALLE, 2022, p. 113).

Desse modo, tem-se que as normas processuais devem observar a supremacia da Constituição⁷, uma vez que o processo é considerado importante garantia constitucional. Por isso, as normas processuais, como já demonstrado, surgem consolidadas nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, “sufragando os direitos das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional” (BRÊTAS, 2010, p. 92).

Conforme informa Baracho, “o modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional” (BARACHO, 2006, p. 15), o que leva ao entendimento de que a jurisdição é direito fundamental, e que, por consequência, seria inviável compreender o processo como mero instrumento de sua realização, devendo ser compreendido como forma de garantia não só deste, mas de todos os direitos fundamentais positivados pelo texto constitucional.

Em consonância com tais apontamentos, André Del Negri esclarece que “são as partes processuais que orientam a fundamentação da decisão (relação jurídica entre normas), e não mais uma vontade emanada da esfera solitária de convicção do juiz” (DEL NEGRI, 2011, p. 87). Assim, percebe-se a clara vinculação do princípio do contraditório ao princípio da fundamentação das decisões, como informam Débora Fioratto e Ronaldo Brêtas:

No Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, tornando-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual. (FIORATTO; BRÊTAS, 2010, p. 132).

Desse modo, a inclusão no texto constitucional brasileiro, em 1988, de diversas garantias processuais, que pretendem a efetividade dos direitos fundamentais, aproxima o processo da Constituição, tornando, ainda, o texto constitucional indispensável para o devido processo, situação esta que torna clara a denominação “modelo constitucional de processo” (BARACHO, 1984).

7 Segundo José Afonso da Silva, Supremacia da Constituição significa que esta se encontra no vértice do sistema jurídico conferindo validade a todos os atos do Estado realizados conforme reconhecido no texto constitucional, na proporção em que os poderes estatais forem distribuídos (SILVA, 2007, p. 45). Afirma também José Cirilo Vargas que a “constituição é que forma o arcabouço jurídico-político de uma Nação”, traçando “os pressupostos de todos os setores da ordem jurídica”, inclusive do Processo. (VARGAS, 1992, p. 57).

3. SOBRE A MOTIVAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A palavra motivação tem sua origem etimológica no latim “*motivu*”, que significa “o que move”, referindo-se ao ato ou efeito de motivar. Pode ser compreendida como aquilo que move alguém a tomar determinada decisão ou a praticar determinado ato. E não é em vão que se vê tanto a palavra “motivação” em textos de autoajuda ou mesmo nos discursos apresentados pelos contemporâneos “coaches”, buscando abordar os processos mentais que fazem com que os indivíduos se movimentem em direção aos seus objetivos pessoais.

Para além da origem etimológica, a questão da motivação é, há muito, objeto de estudo da psicologia, sendo compreendida como aquilo que, consciente ou inconscientemente, move a conduta humana. Trata-se do impulso que leva alguém a se comportar de determinada forma.

Magdalen Dorothea Vernon, em sua obra “Motivação Humana”, apresenta a seguinte definição: “A motivação é encarada como uma espécie de força interna que emerge, regula e sustenta todas as nossas ações mais importantes. Contudo, é evidente que motivação é uma experiência interna que não pode ser estudada diretamente.” (VERNON, 1973, p.11).

A motivação pode ser compreendida como o que conduz à determinado comportamento ou decisão, sendo frequentemente objeto de estudos da psicologia, justamente por se tratar de algo interno do indivíduo e, por isso, carregada de subjetividade. Trata-se, assim, de “uma essência intangível pela ciência, que não pode ser compreendida, que não pode ser controlada ou estudada, e que é dada pela subjetividade de cada um” (TODOROV; MOREIRA, 2005).

Entende-se por subjetividade o “caráter de todos os fenômenos psíquicos, enquanto fenômenos de consciência, que o sujeito relaciona consigo mesmo e chama de meus” (ABBAGNANO, 2007, p. 992), ou seja, é subjetivo o procedimento mental solitário e particular, em que o sujeito elabora análises (sobre si mesmo ou sobre qualquer outra coisa) a partir de sua própria percepção da realidade.

Percebe-se que a ideia de motivação está ligada à subjetividade, de modo a justificar as condutas humanas, a partir de sua consciência e da perspectiva com a qual se relaciona com o mundo.

No contexto jurídico, a noção de motivação permite que, apesar de ter o julgador de expor o percurso mental que o conduziu até uma decisão, o provimento jurisdicional seja permeado da sua subjetividade. Assim, é possível que a decisão seja motivada por um senso de justiça do julgador, por suas “experiências” pessoais de vida, por suas idiosincrasias e com elementos e escopos metajurídicos, ausentes de lastros probatórios nos autos.

Ao apresentar o dever de motivar as decisões judiciais, Eduardo Cambi demonstra que esta motivação se encontra conectada justamente com a íntima convicção do julgador, ou seja, com a sua subjetividade. Veja-se:

O Estado Democrático de Direito exige que o juiz fundamente racionalmente as suas decisões, combatendo toda e qualquer decisão baseada na *intime conviction* do magistrado (art. 93, IX, da CF/1988). Quando a motivação é constituída por argumentos racionais, a própria motivação justificará, racionalmente, a decisão, não tendo o órgão judicial que convencer as partes ou a opinião pública do seu “acerto”. (CAMBI, 2011, p. 319).

Ao se adotar a expressão “motivação” como se sinônimo fosse do dever de fundamentação das decisões, percebe-se que há o risco de permitir que a decisão judicial permaneça atrelada à subjetividade do julgador, o que seria inviável na lógica processual democrática.

Não só na literatura jurídica, mas também no próprio ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da fundamentação das decisões é confundido com a ideia de motivação.

O Código de Processo Civil de 1939 estabelecia sistematicamente o termo “motivar” como tarefa presente na atividade jurisdicional do magistrado (BRASIL, 1939), senão veja:

[...]

Artigo 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e **circunstâncias que motivaram o seu convencimento**.

[...]

Artigo 685. Despachada a petição, feitas as citações necessárias e, no prazo de quarenta e oito (48) horas, contestado, ou não, o pedido, o juiz procederá a uma instrução sumária, facultando às partes a produção de provas, dentro de um tríduo, e decidindo, em seguida, de acordo com o seu livre convencimento.

Parágrafo único. A faculdade de livre convencimento não exime o juiz do dever de motivar a decisão, indicando as provas e as razões em que se fundar. - grifos nossos (BRASIL, 1939).

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1973, legislação seguinte, prestigiava o “Livre convencimento motivado” do magistrado, por meio de seu artigo 131, em que caberia ao juiz “apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento” (BRASIL, 1973).

E referido sistema de “livre convencimento motivado” está intimamente ligado a apreciação das provas colhidas nos autos, na busca da verdade real (processo penal) e da verdade processual (processo civil). Aqui, crítica se faz, quando, por meio do devido processo constitucional, o instituto “verdade” deve ser substituído pela busca da reconstrução fática, por meio das provas nos autos, de momento passado e preexistente ao início do processo, dando base a superação da “motivação” em prol da “fundamentação” da decisão.

Na sequência legislativa, acresce-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as alterações trazidas pela Lei n. 12.376/2010, o termo “motivação” também é utilizado:

Artigo 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão. (BRASIL, 1942).

E vale mencionar que o artigo 375 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) expõe a permissão legal para que a subjetividade do julgador permeie a construção de uma decisão judicial, dispondo que “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece” (BRASIL, 2015).

E mais, o artigo 145, § 1º do CPC/15, aponta que “poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões” (BRASIL, 2015), demonstrando a pouca evolução legislativa sobre a questão, inobstante o claro mandamento constitucional de fundamentação de todas as decisões (CR/88, artigo 93, inciso IX).

Assim, é de se esclarecer que o artigo 93, inciso IX, da Constituição de 1988, estabelece que toda decisão judicial deve ser efetivamente fundamentada, e, não, motivada. E apesar de parecer singelo o equívoco conceitual, defende-se aqui que tal confusão pode conduzir a decisões que não se encontram adequadas à lógica da processualidade democrática.

Sobre tal equívoco, leciona Lênio Streck:

Evidentemente que motivação não é o mesmo que fundamentação. Admitir que motivação seja igual ou possa substituir o conceito de fundamentação é afirmar que o juiz primeiro decide – e para isso teria total liberdade – e, depois, apenas motiva aquilo que já escolheu. (STRECK, 2016).

Todavia, parte da literatura jurídica insiste em confundir os dois conceitos, sem se interrogar sobre as consequências dessa confusão conceitual.

Veja-se:

O princípio da motivação, positivado no âmbito jurisdicional no art. 93, IC, da Constituição de 1988 e implicitamente estendido aos demais campos do processo, consiste em uma garantia essencial à noção de decisão justa, vez que é tal princípio que exige que o decisor demonstre os fundamentos de fato e de direito que o levaram a decidir de determinada maneira. Disso deriva uma maior confiabilidade nas decisões prolatadas, bem como evita parcialidades e autoritarismos, pois, somada ao princípio da publicidade, a motivação possibilita um controle maior dos julgamentos. (SANTOS, 2014, p. 137).

Em um contexto democrático, é inadmissível a perpetuação da crença na misteriosa sabedoria do julgador, já que esta carga de subjetividade contida nas decisões acaba por fragilizar sua legitimidade ao apresentar elementos extrassistêmicos oriundos da subjetividade do julgador, porquanto que obstam a assimilação objetiva de seu conteúdo pelo destinatário, impedindo, por consequência, a crítica.

É imprescindível, na lógica da processualidade democrática, se libertar da ideia de que o provimento seja elaborado por um procedimento mental exclusivo do julgador, sendo necessário, efetivamente e a todo momento, a busca por dar sentido à ideia de fundamentação das decisões.

4. DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma das formas de democratizar a atividade jurisdicional foi a previsão do instituto da fundamentação das decisões, consagrado na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 93, IX, que garante que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões” (BRASIL, 1988), sob pena de nulidade. Tal previsão constitucional busca assegurar que o provimento jurisdicional seja “produto da argumentação das partes e não da interpretação única e subjetiva do juiz” (FIORATTO; BRÊTAS, 2010, p. 129), o que evita que a decisão judicial seja discricionária e arbitrária.

O dever de fundamentar as decisões obriga que o magistrado decida observando a participação simétrica das partes, a partir dos seus argumentos e das provas produzidas nos autos, permitindo uma construção participada do provimento jurisdicional e evitando que a decisão judicial se torne um ato solitário do magistrado. Isso significa que não basta que o magistrado exponha as justificativas de sua decisão, sendo necessário que tal fundamentação decisória contenha a apreciação dos fatos colocados aos autos, as teses e questões suscitadas pelas partes em contraditório, ampla defesa, isonomia e devido processo legal/Constitucional.

Assim, a fundamentação das decisões deve ser compreendida como uma “garantia política e democrática”, ou seja, é uma “referência à sustentação normativa da decisão” e “evidencia que ela não foi fruto de uma deliberação arbitrária do autor, mas de um trabalho de conhecimento e reflexão” (RAMIRES, 2010, p. 40).

Dessarte, cabe ao magistrado analisar e responder a todas as alegações das partes e esclarecer as justificativas de sua decisão. Ou seja, o dever de fundamentar as decisões consiste na garantia da parte em obter resposta às suas alegações, o que demonstra a estreita correlação da garantia da fundamentação das decisões com o contraditório, ampla defesa, isonomia e devido processo legal/Constitucional.

Como alertam Débora Fioratto e Ronaldo Brêtas, o argumento a ser utilizado para fundamentar a decisão judicial não poder advir da interpretação única do juiz, devendo ser aquele levado a debate em contraditório (FIORATTO; BRÊTAS, 2010, p. 129).

Em consonância com tais apontamentos, André Del Negri esclarece que “são as partes processuais que orientam a fundamentação da decisão (relação jurídica entre normas), e não mais uma vontade emanada da esfera solitária de convicção do juiz” (DEL NEGRI, 2011, p. 87). Assim, tem-se que não mais cabe, em um contexto democrático, reconhecer a motivação, como processo mental subjetivo do julgador, como método adequado de justificar o conteúdo de um provimento jurisdicional.

É de se compreender que o Direito Democrático deve ser legitimado pela via do processo, que deve ser considerado um instrumento de institucionalização constitucionalizada sociedade da vontade democrática dos cidadãos, superando as noções do Estado Absolutista e Social, rechaçando, por consequência, a figura do julgador como um ser magnânimo e iluminado, detentor de toda a sabedoria necessária para a resolução de conflitos e interpretação normativa.

Assim, percebe-se a clara vinculação do princípio do contraditório, bem como os demais aqui mencionados, ao princípio da fundamentação das decisões, como informam Débora Fioratto e Ronaldo Brêtas:

No Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, tornando-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual. (FIORATTO; BRÊTAS, 2010, p. 132).

Também afirma Camilla Mattos Paolinelli que o contraditório “propicia a atuação em igualdade pelos partícipes do procedimento, afasta protagonismos, viabiliza controle e influência destes nas decisões que lhes digam”, acrescentando que essa garantia fundamental “assegura que o pronunciamento jurisdicional obedeça à reserva legal e se fundamente no direito debatido pelas partes, bem como nos fatos por elas reconstruídos nos autos” (PAOLINELLI, 2014, p. 27). Assim, ainda se garante a fiscalização da atividade jurisdicional.

Destaque-se que a compreensão ora exposta acerca do instituto em análise decorre da instauração do Estado Democrático de Direito, que modifica o conceito de processo, não podendo mais ser compreendido como uma relação jurídica entre as partes, na qual um excesso de poderes é conferido ao órgão julgador, diante da justificativa de busca pela justiça e paz social, conteúdos indeterminados, dentre outros escopos metajurídicos.

5. DA AINDA PRESENTE MOTIVAÇÃO NOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS

Baracho, ao apresentar uma Teoria Geral do Processo Constitucional, afirma que “a lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo, consagrada na Constituição” (BARACHO, 2008, p. 11). Assim é que, não pode a legislação brasileira confundir as noções de motivação e fundamentação, sob pena de negar o processo constitucional.

Não obstante, o que se observa atualmente é que a prática do Judiciário brasileiro é diferente, amparada ainda em uma concepção arcaica e precária do que seria o dever de

fundamentar as decisões. Tal constatação pode ser verificada, por exemplo, no trecho de um julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual se afirma que “[...] não padece de omissão o acórdão proferido de forma clara, precisa e suficientemente fundamentada, pois é cediço que o Juiz não está obrigado a responder, um a um, aos argumentos expendidos pelas partes” (RE 465739 AgR-ED, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 03/10/2006, DJ 24-11-2006 PP-00074 EMENT VOL-02257-07 PP-01351) (BRASIL, 2006).

Ao afirmar que o julgador não tem obrigação de responder a todas as alegações das partes, é patente que se incentiva a inobservância do princípio da fundamentação das decisões, o que não se pode admitir em um tribunal que tem como principal função garantir a supremacia da Constituição, conforme se infere do artigo 102 da Constituição de 1988. A aplicação equivo-

cada do princípio da fundamentação das decisões também é verificada no acórdão do Recurso Extraordinário nº 140265/SP, em que o Ministro Marco Aurélio de Mello explica a construção do provimento jurisdicional da seguinte forma:

[...] o juiz, ao defrontar-se com uma lide, deve idealizar a solução mais justa para a controvérsia, valendo-se, nesta primeira fase, apenas da formação humanística que possua. A seguir, então, em respeito à almejada segurança das relações jurídicas, passa ao cotejo da solução com os preceitos legais pertinentes à hipótese. (RE 140265, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 20/10/1992, DJ 28-05-1993 PP-10387 EMENT VOL-01705-04 PP-00630). (BRASIL, 1993).

O entendimento adotado no citado acórdão do Supremo Tribunal Federal é severamente criticado, com base na Teoria constitucional do processo, por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, que afirma que, em alguns casos “o juiz julga em razão do que o direito deveria ser, segundo sua convicção ou formação supostamente privilegiada e superior, mas tentando fundamentar ou justificar a decisão no ordenamento jurídico vigente” (BRÊTAS, 2010, p. 123).

De fato, merece crítica esse posicionamento equivocado sobre a aplicação do princípio da fundamentação das decisões, uma vez que, de acordo com as diretrizes do processo constitucional, fundamentar não significa motivar a decisão por meio de “anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões” (BRÊTAS, 2010, p. 125/126), mas, sim, alcançar um provimento com a participação das partes, o que exige resposta analítica do Estado às suas alegações, qual seja, a efetiva fundamentação das decisões.

O subjetividade fica demasiadamente explícito em algumas manifestações dos Ministros dos Tribunais Superiores, como é o exemplo do Ministro Ayres Brito, que, ao analisar o direito de nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do limite de vagas, afirmou: “é que nós temos evoluído jurisprudencialmente para trazer para esse tema critérios de razoabilidade que a vida nos ensina, critérios inspirados na realidade cotidiana da Administração Pública” (RE 598099 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 17-12-2012 PUBLIC 18-12-2012). (BRASIL, 2012).

Obviamente que reconhecer que a justificativa da decisão decorre de ensinamentos da vida e da realidade cotidiana reflete a subjetividade presente no referido julgado, já que tais aprendizados da vida e percepções da realidade são questões que cada indivíduo apreende de forma diversa, e reflete o volume de decisões motivadas, e não fundamentadas e, em especial, com escopos metajurídicos e com pouca concretude (faltando lastro probatório nos autos), como exemplo nos abertos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Também se verifica a mesma subjetividade na análise do conceito de família apresentado pelo Ministro Luiz Fux, ao se manifestar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, em que se discutia o reconhecimento de união estável homoafetiva: “O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo” (ADPF 132, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001). (BRASIL, 2011).

Por mais inspirador que possa parecer utilizar o critério do amor para definição de família, não há dúvidas de que este é o entendimento daquele julgador sobre o que seja família, não

sendo critério objetivo para alcançar a necessária definição de um instituto legal. Essa definição subjetiva poderia até mesmo excluir do conceito de família as relações estabelecidas por fatores diversos do amor.

Ainda merece destaque o pronunciamento do Ministro Luís Roberto Barroso acerca da questão referente à obrigatoriedade do ensino religioso confessional nas escolas públicas:

[...] obrigar uma criança de seis anos a declarar-se diferente e a excluir-se da aula de religião confessional é impor a uma criança um ônus que ela não deve suportar, fere a liberdade religiosa dela e, no geral, fará com que ela silencie e participe da aula de religião confessional que não corresponde ao seu credo para não se colocar como diferente no grupo. Portanto, penso que, também por essa razão, admitir-se o ensino confessional produz um resultado muito ruim para a formação de uma criança nesta fase da sua construção como cidadão. [...] A vida me deu a benção de ser filho de pai católico e mãe judia, o que me permitiu conviver num ambiente religioso multicultural, que me fez muito bem ao longo da vida e me fez ter apreço pelas duas formações religiosas. Vivi, por circunstâncias da minha vida, com uma família Presbiteriana adorável e, quando estudei fora, em Yale, em 88 e 89, meu vizinho de porta era da Arábia Saudita, era muçulmano praticante e éramos amigos e tínhamos a melhor relação possível. Portanto, as pessoas quando se conhecem, quando se olham nos olhos e são capazes de ter empatia, elas imediatamente desenvolvem a tolerância, porque é disso mesmo que nós estamos falando aqui. (ADI 4439, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018). (BRASIL, 2018).

Indubitavelmente, as experiências de vida do julgador com diversidade religiosa não pode ser fundamento jurídico para justificar a questão do ensino religioso nas escolas.

Os trechos citados demonstram que o Judiciário brasileiro ainda confunde motivação com fundamentação, apresentando, como justificativa de provimentos jurisdicionais, a subjetividade do julgador e suas experiências de vida. Ocorre, em destaque, um monopólio dos sentidos pelo julgador, o que blinda sua decisão de toda e qualquer crítica, de modo que não se pode considerar que esses pronunciamentos sejam democráticos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de parecer que o problema ora levantado possa se resumir a uma mera utilização de palavras diversas para alcançar o mesmo sentido, pretende-se demonstrar que a insistência na ideia de “motivação das decisões” acaba, efetivamente, por permitir que um provimento jurisdicional apresente uma carga de subjetividade, da qual se deve fugir em uma lógica democrática.

Por mais que pareça ultrapassado enfrentar a questão da subjetividade no âmbito da pesquisa jurídica e por mais que se acredite que este problema se encontra superado diante do dever (constitucional e legal) de fundamentação das decisões, este é um dos grandes problemas enfrentados quando analisada a forma como é construído o provimento jurisdicional que será utilizado como precedente. É necessário, na lógica da processualidade democrática,

se libertar da ideia de que o provimento seja elaborado por um procedimento mental exclusivo do julgador.

Não basta, portanto, incluir na Constituição de 1988 a exigência que toda decisão seja fundamentada, sob pena de nulidade (CR/88, artigo 93, inciso IX), não sendo também suficiente repetir a mesma determinação no Código de Processo Civil de 2015 (artigos 10 e 489, § 1º), se não há coerência no discurso legislativo, que continua a se ancorar na noção de que o magistrado possui capacidade de extrair da realidade conhecimentos intangenciáveis, capazes de garantir o bem comum, a paz social, dentre outros escopos metajurídicos.

Considerando a lógica da processualidade democrática, a atividade interpretativa não pode ser reduzida a mera vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência, sabedoria), como se a realidade fosse também reduzida à sua representação subjetiva, tendo em vista que a função do julgador se limita a ser o aplicador da lei, como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes, estas sim, partícipes e co-autoras, na construção efetivamente participada e colaborativa pelo provimento final, decisão efetivamente fundamentada com as questões fáticas e jurídicas debatidas nos autos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni. Torino: G. Giappichelli, 1990.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Brasília, DF, Senado, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, DF, Senado, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. **Exposição de motivos**. Brasília, DF, Senado, 2010a. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Brasília, DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 140265**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 20/10/1992, DJ 28-05-1993 PP-10387 EMENT VOL-01705-04 PP-00630.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 465739 AgR-ED**, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 03/10/2006, DJ 24-11-2006 PP-00074 EMENT VOL-02257-07 PP-01351.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADPF 132**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 598099 ED**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 17-12-2012 PUBLIC 18-12-2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 4439**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- COUTURE, Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**: Discursos, Ensaios e Conferências. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008.
- DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FIORATTO, Débora Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões no Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**. v. 01, 2010.
- FIX-ZAMUDIO, Hector. **Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal. Estudios de derecho procesal em honor de Niceto Alcalá-Zmora y Castillo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Cidade do México, Nova série, n. 22-23, jan./ago. 1975.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. **La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones procesales**. Madrid: Civitas, 1982.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Latinoamerica**: constitucion, proceso y derechos humanos. Ciudad Universitaria México: Udual, 1988.
- FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná; FREITAS, Gabriela Oliveira. O direito na contemporaneidade pandêmica precarizante e a necessária ressignificação do processo constitucional como elemento essencial para a concretização da democracia. **Revista Meritum**, v.16, n.4, p. 281-296, 2021.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- INSTITUTO Brasileiro de Direito Processual**. IBDP. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/>. Acesso em: 17 abr. 2022.
- INSTITUTO Mineiro de Direito Processual**. IMDP. Disponível em: <http://www.imdp.com.br/>. Acesso em: 17 abr. 2022.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento e Cognição**. Curitiba: Juruá, 2009.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2011.
- PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O Ônus da Prova no Processo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Processo e Constituição**. Leme: J.H. Mizuno, 2014.
- SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc> Acesso em: 10 fev. 2022.

TODOROV, João Cláudio; MOREIRA, Márcio Borges. O Conceito de Motivação na Psicologia. **Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva**. v. 07, n. 01, São Paulo, jun. 2005.

VALLE, Marcus Vinícius Mendes do Valle. **Hermenêutica, direito e consensualidade**: principiologia e reconstrução da dogmática jurídica à luz da consensualidade. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022.

VARGAS, José Cirilo. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VERNON, Magdalen Dorothea. **Motivação humana**. Petrópolis: Vozes, 1973.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 30/05/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 30/05/2022
- Avaliação 1: 31/05/2022
- Avaliação 2: 07/08/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2022
- Retorno rodada de correções: 15/10/2022
- Decisão editorial/aprovado: 23/10/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO E SUAS INTERFACES E CONEXÕES COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015

THE CONSTITUTIONAL MODEL OF THE PROCESS AND ITS INTERFACES AND CONNECTIONS WITH THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015

JOSELI LIMA MAGALHÃES¹

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo geral examinar as conexões e interfaces entre as normas processuais do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 e as normas do direito processual constitucional da Constituição brasileira de 1988. Trata-se de pesquisa e de revisão bibliográfica narrativa. Como pesquisa legislativa usou-se a legislação comparada que comparou as normas processuais do CPC de 2015 e da Constituição. Conclui-se que a elaboração de referido código de processo civil pôde constituir elemento motriz da mudança paradigmática do atual direito processual civil brasileiro, ainda mais contendo teóricos significantes, como é o caso da implantação da teoria constitucionalista do processo junto a vários institutos do novel diploma processual, contudo, não é ele (o código), por si só, que vai efetivar essa mudança, ainda que se saiba todas estas conexões ocorridas entre o prefalado modelo constitucional do processo e o conteúdo presente no novel diploma processual civil tenha diminuído, consideravelmente, à concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: modelo constitucional; processo; novo CPC; conexões; democracia.

ABSTRACT

The present study has the general objective of examining the connections and interfaces between the procedural norms of the Civil Procedure Code (CPC) of 2015 and the norms of constitutional procedural law of the Brazilian Constitution of 1988. This is a research and narrative literature review. As legislative research, comparative legislation was used that compared the procedural rules of the CPC of 2015 and the Constitution. It is concluded that the elaboration of that code of civil procedure could constitute a driving element of the paradigmatic change of the current Brazilian civil procedural law, even more containing significant theorists, as is the case of the implementation of the constitutionalist theory of the process together with several institutes

1 Doutor em Direito Processual PUC-MINAS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Adjunto de Direito Processual Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Federal do Piauí. Coordenador da Especialização em Direito Processual da UFPI. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Estadual do Piauí. Conselheiro do Conselho Curador da Fundação Cultural e de Fomento à Pesquisa, Ensino, Extensão e Inovação – FADEX. Ex-Diretor Geral da Escola Superior de Advocacia do Estado do Piauí e Ex-Vice Reitor da Universidade Estadual do Piauí. Advogado. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/8789929924008120>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6946-5066>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

MAGALHÃES, Joseli Lima. O modelo constitucional do processo e suas interfaces e conexões com o Código de Processo Civil brasileiro de 2015. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 161-183, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9062>.

of the novel diploma procedural, however, it is not (the code), by itself, that will effect this change, although it is known that all these connections occurred between the pre-spoken constitutional model of the process and the content present in the novel civil procedural diploma have decreased, considerably, to the realization of fundamental rights and guarantees.

Keywords: *constitutional model; process; new CPC; connections; democracy.*

1. INTRODUÇÃO

As normas presentes no CPC de 2015, entre tantos objetivos, visam também imprimir maior efetividade à prestação jurisdicional, sem que haja perda nas garantias e direitos fundamentais, onde se observa que a legitimação tem que ser processual-democratizante, com um discurso aberto a todos, tendo o processo função de sistematização das pretensões jurídicas, ocorrendo em um Estado coeso com os pressupostos discursivos, tudo em um ambiente de porta de entrada à democratização e não o fechamento discursivo-processual, ainda mais porque nas últimas décadas houve a implementação de teorias ligadas ao direito constitucional atreladas ao processo, onde se destaca a teoria constitucionalista do processo, do jurista mexicano Hector Fix-Zamudio, trazida ao Brasil, no começo dos anos 80, pelo constitucionalista José Alfredo de Oliveira Baracho, em uma época em que pouco se falava e se dava menos importância à conexão processo/constituição.

Por haver necessidade de serem revisitados temas clássicos do direito processual brasileiro, em especial o estudo crítico de como se acha inserido na dogmática processual civil nacional, o presente estudo tem por objetivo geral examinar as conexões e interfaces entre as normas processuais do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 e as normas do direito processual constitucional da Constituição brasileira de 1988. O estudo se justifica pela contribuição à literatura jurídica no que se refere à processualidade democrática.

Buscou-se, também, apontar os aspectos teóricos, as bases estruturantes, em si, do anteprojeto e do CPC e do próprio código em vigor, onde se viu que o discurso de uma associação com a constituição federal pode perfeitamente mitigar o grau de deficiência democrática do projeto, associado ao aspecto da participação popular e das entidades de classe na confecção do novel diploma processual, contudo, tendo-se sempre um olhar crítico no sentido da possibilidade de ter havido manipulação desta legitimidade, tudo não passando de situações pontuais estrategicamente projetadas pelos principais partícipes da construção do diploma processual.

Trata-se de pesquisa legislativa (PAULA; PAIVA, 2019) e de revisão bibliográfica narrativa (CORDEIRO, 2007). Na revisão narrativa o processo de seleção da bibliografia é menos rígido e influenciada pela percepção subjetiva do pesquisador (CORDEIRO, 2007). Usou-se a legislação comparada, uma vertente da pesquisa legislativa, que compara as legislações aplicada em âmbitos diferentes, a saber o CPC e a Constituição.

2. CONEXÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS CIVIL DO CPC E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Um dos pontos positivos do projeto do novo CPC constitui a tentativa de aproximação às normas de direito processual constitucional. Com o esfacelamento do jusnaturalismo e com o fracasso do positivismo clássico, a interpretação do direito conforme a constituição e a socialização da própria constituição tomaram conta do ambiente jurídico mundial. O pós-positivismo jurídico é o que se designou como sendo a agregação provisória de um ideário confuso, onde se incluíam as relações entre os valores, princípios e regras (a nova hermenêutica constitucional), bem assim a concepção dos direitos fundamentais, tudo isso sob o manto da dignidade da pessoa humana (BARROSO; BARCELLOS, 2004, p. 475), sendo impróprio falar-se em pós-positivismo jurídico sem fazer-se a correspondente relação com a Constituição.

Uma das grandes transformações sofridas pelo direito processual civil brasileiro nos últimos 30 anos se deve à influência cada vez mais premente que os princípios de direito processual (quase todos constitucionalizados pela Carta de 1988) tem exercido junto aos magistrados, juristas e legisladores. Não por menos que Virgílio Afonso da Silva aponta que Shuppert e Bumke identificam como atores da constitucionalização do direito, o legislador, o judiciário e a doutrina jurídica, reservando ao legislador a principal tarefa de “adaptar a legislação ordinária às prescrições constitucionais e, nos casos de constituições de caráter dirigente, realizá-las por meio de legislação” (SILVA, 2008, p. 43), já é na atividade judiciária “que as dificuldades e peculiaridades da constitucionalização do direito se revelam com clareza e profundidade” (SILVA, 2008, p. 44) e, por fim, os doutrinadores² que se apresentam como imprescindíveis para alimentar o estoque teórico no desenvolvimento da constitucionalização do direito.

A lei processual deixou de ser o elemento central da estrutura do processo, passando a ser reconstruída a partir de valores a ela interligados, exercendo os princípios (não só os jurídicos) forte carga de mudança da realidade existente, tendo como ponto de partida e de chegada a Constituição Federal³, a ponto de se esperar da Constituição dirigente dos comunitaristas “uma força normativa suficiente para conduzir o Estado à promoção de serviços adequados de saúde, educação⁴, previdência, transporte e habitação”(CRUZ, 2004, p. 188). Esta condução, na visão de Rosemiro Leal, já esplanada na histórica primeira edição de “Teoria Geral do Processo”, certamente deve passar pelo processo (nele estando presentes os princípios do contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e gratuidade judicial), entendido

como bloco de condicionamentos do exercício da **JURISDIÇÃO** na solução dos conflitos e da validade da **tutela jurisdicional**, que não mais sendo um ato ou meio ritualístico, sentencial e solitário do Estado-Juiz, é o provimento construído pelos referentes normativos da estrutura institucional constitucionalizada do **PROCESSO** (LEAL, 1999, p. 51).

2 Mais uma vez se apresenta o caráter existencial da doutrina como fonte (indireta) do direito.

3 Para Ítalo Andolina “o processo é incessantemente chamado a questionar-se acerca do seu próprio grau de jurisdicionalidade e a adequar-se ao ‘modelo’ previsto pela Constituição”. (ANDOLINA, 1997, p. 65).

4 Neste sentido André Cordeiro Leal: “Assim é que os deveres do Estado, antes negativos, assumem também caráter positivo, no sentido de que o Estado deve agir efetivamente para garantir os direitos sociais mínimos à população, tais como educação e saúde”. (LEAL, 2002, p. 27).

Apesar disso, “o direito positivo se funda em certos princípios gerais que dão unidade ao sistema. São os princípios que norteiam o legislador” (GUSMÃO, 1999, p. 252). Não por menos que fazendo um paralelo, de elementos aproximativos e conflitivos, entre os princípios e o valor, o jurista Francisco Meton Marques de Lima aponta que

o princípio é o instrumento racional, constatado ou construído a partir da lógica (e esta constitui um valor espiritual inferior aos valores éticos) e o valor é o ingrediente intuitivo emocional, que brota do sentir, ou o define. Conquanto conceitos diferentes, estão imbricados um no outro, porquanto é o valor que define a qualidade do dever-ser, que referencia entre o melhor e o pior. O valor não se apreende no conhecimento racional-metodológico, mas sim no racional-intuitivo” (LIMA, 2008, p. 42).

Como elaborar uma norma, com o mínimo espaço a ser preenchido pelo magistrado (valoração), certamente constitui um dos obstáculos (ou ao menos deveria ser) a ser enfrentados pela Comissão de Juristas e legisladores do Congresso. Procurando reduzir a complexidade própria da criação de um novo CPC, a Comissão de Juristas, na Exposição de Motivos do anteprojeto, aponta que um dos cinco objetivos orientadores do trabalho é exatamente “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”. Não poderia mesmo ser diferente vivemos hoje a era da constitucionalização dos direitos, do processo cada vez mais tendo arrimo nos preceitos constitucionais e, fundamentalmente, as leis processuais (e o código de processo civil se inclui neste quadro) tem importância primordial à concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição. Mesmo sendo o Brasil um país de democracia tardia, onde convivem o passado e o futuro, o Estado Liberal e o Estado Social, o positivismo e o pós-positivismo, certamente a elaboração de novos códigos de direito processual constituem “sinal de ruptura com a modernidade, reduzindo o abismo antes existente entre o direito constitucional (e a interpretação ativa que vem sendo feita de suas normas) e o direito infraconstitucional” (PINHO, 2011, p. 45).

Ademais, há também aspectos nefastos com a implementação do mencionado modelo constitucional do processo, em especial no que se refere ao aumento dos poderes do magistrado, em particular se estiver no ambiente do Estado Social, ainda bastante forte e presente no Brasil, ainda que a CF preconize o paradigma do Estado Democrático de Direito, tanto assim que para o processualista Daniel Farnese Cordeiro de Aguiar o mencionado “modelo constitucional do processo reforçou o autoritarismo do Estado Social, pois instituiu um garantismo no qual as altas autoridades do Poder Judiciário escolhem o que garantir, segundo a lógica que mais se adequa ao que se quer decidir” (AGUIAR, 2021, p. 142).

As Exposições de Motivos dos códigos processuais de 1939 e de 1973 não fizeram referência ao estreitamento do direito processual civil com o direito constitucional, ainda mais porque o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo não tinham sido (principalmente em relação ao primeiro CPC) objeto de estudo pelos juristas brasileiros da época, os quais preferiam implementar a dogmática do positivismo kelsiano, instaurar ao lado do constitucionalismo do Estado democrático de direito maior estabilidade ao regime político de Estado. Com razão é que Lenio Streck aponta que se encontra esta estabilidade

articulada com o projeto da modernidade política, que, sucessivamente implementado, respondeu a três violências (o “triângulo dialético” de que fala Canotilho), através da categoria político-estatal: a) respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a vio-

lência física e o arbítrio): b) deu resposta à desigualdade político alicerçando a liberdade e democracia (Estado democrático); c) combateu a terceira violência – pobreza mediante esquemas de sociedade. (STRECK, 2008, p. 200).

Essa segurança jurídica, agora, é providenciada pela Constituição de cada Estado. Após historiar criticamente a passagem da importância da lei como fonte do direito nos sistemas codificados oitocentistas, onde a neutralidade da lei e da jurisdição eram justificadas pela identificação da lei como “vontade geral”, abstrata e geral, típica do liberalismo, Eduardo Cambi aponta que atualmente “a lei, no Estado Contemporâneo, é resultado de ajustes legislativos marcados pela vontade dos lobbys⁵ e dos grupos de pressão” (CAMBI, 2006, p. 673), não mais constituindo expressão do direito “passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais” (CAMBI, 2006, p. 673).

No neoconstitucionalismo, assim, a lei processual tem o mesmo grau de importância da lei material, mas assim como esta, tem que obedecer ao texto constitucional, tendo sido Couture quem “com seus estudos, despertou o interesse da doutrina na América Latina e, inclusive, na Europa, pela análise das garantias constitucionais do Processo” (BARACHO, 1984, p. 122), colocando, pois, o direito processual presente na constituição, contudo foi Hector Fix-Zamudio⁶ o criador da teoria constitucionalista do processo⁷ e responsável por estabelecer “sintonia fina” (na visão do projeto do CPC) entre a constituição e as normas processuais, cujos trabalhos iniciais se deram em 1956, publicadas em diversas revistas jurídicas e depois, na íntegra, no livro “O Juízo de Amparo”, constituindo o “primeiro estudo sistemático sobre a ciência do direito processual constitucional como disciplina processual” (MAC-GREGOR, 2009, p. 42). Na verdade, o neoconstitucionalismo aponta a existência dos marcos histórico, filosófico e teórico. O neoconstitucionalismo identifica a existência de

um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX. Como marco filosófico, o pós-positivismo jurídico, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproxima-

5 Cabe fazer referência ao porquê de durante a elaboração do atual CPC, em tramitação no Congresso Nacional, foram ouvidas tantas entidades representativas de grupos empresariais ou comerciais. Evidente que um código de processo civil não é destinado apenas aos técnicos e profissionais do direito, mas à sociedade como uma toda, mas é de se estranhar a necessidade de participação dessas entidades – na verdade, mais parece o propósito bem claro que pretendiam elas que o novo diploma contivesse proposições jurídicas que lhes interessassem, numa visão bem clara de lobby junto aos congressistas.

6 No prefácio de obra comemorativa aos 50 anos como pesquisador do Direito, o constitucionalista José Afonso da Silva resalta a importância desse processualista Mexicano para o desenvolvimento do direito processual e constitucional no mundo todo, inclusive, ainda que tardiamente, no Brasil, apontando que suas obras contribuíram para a ciência do direito processual constitucional e para a proteção dos direitos humanos. Diz o Prof. José Afonso da Silva que “quanto ao primeiro tema, ainda que se possam assinalar precedentes, com certeza foi Héctor Fiz-Zamudio quem lhe deu feição científica, mediante vários estudos, desde sua tese de graduação: La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana. Ensayo de una Estructuración Procesal del Amparo, e seu artigo sobre a contribuição de Piero Calamandrei ao Direito Processual Constitucional (‘Aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional’, Revista de la Facultad de Derecho de México, t. VI, n. 24, outubro-dezembro/1956). Só mesmo um constitucionalista que, ao mesmo tempo, fosse igualmente processualista, como Fix-Zamudio, poderia desenvolver uma disciplina que é o resultado da confluência dos estudos das normas constitucionais e das normas processuais, com suficiente discernimento para distinguir, com clareza, duas disciplinas com nomes tão parecidos, tais sejam o Direito Processual Constitucional e o Direito Constitucional Processual”. (MAC-GREGOR, 2009, p. 10-11).

7 “O código de 1939 pecava pela falta de técnica processual, muito pobre de conteúdo teórico e epistemológico; o código de 1973, por sua vez, superou esta deficiência, certamente por muito ter sido influenciado pelas teorias do processo, ainda que boa parte delas tenham se desenvolvido e crescido no final do século XIX até 1950, mas é o atual CPC que aglutina o que há de melhor (e pior) de cada uma das principais teorias dominantes relacionadas ao processo. Não por menos que uma das teorias do processo mais importante se encontra neste artigo primeiro: a teoria constitucionalista do processo, de Hector Fix-Zamudio”. (MAGALHÃES, 2021, p. 22-23).

ção entre direito e a ética. E, como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do direito (MARQUES, 2012).

Não se pode deixar de apontar ter sido José Alfredo de Oliveira Baracho⁸, no Brasil, o responsável, em primeiro plano, pela divulgação dessa relação existente entre processo e constituição, quando ainda estávamos vivendo um ambiente político autoritário, e a Constituição (consequentemente o direito constitucional), era vista mais no aspecto teórico do que propriamente configurar-se como sendo um *locus* de concretização dos direitos e garantias fundamentais. Baracho, assim,

demonstrou como o Processo passou a se consolidar como garantia constitucional para que não houvesse nenhum prejuízo aos Direitos Fundamentais, a partir da 2ª Grande Guerra Mundial (1939-1945), nas Constituições da Itália, Alemanha, França e Espanha, confirmando, de vez, os princípios processuais e a expressão Direito Processual Constitucional.

Esse mesmo autor, depois de apontar o Direito europeu como fenômeno primeiro de constitucionalização dos princípios de direito processual, traça um panorama sobre a América Latina indicando, com base no jurista mexicano, a inicial tendência ocorrida na Argentina, México e Uruguai, sendo este último país muito influenciado pelas idéias de Eduardo Couture. Essa aproximação entre Direito Constitucional e Direito Processual, nos estudos de Fix-Zamudio e Ovale efetuados na década de 70 (aproximadamente 1979), revela que o interesse pelo tema representou uma novidade, já que se tratava de uma disciplina relativamente recente, tendo ampla repercussão à época (DEL NEGRI, 2008, p. 101).

Não à toa, que o jurista Ivo Dantas, após ponderar que o ponto fundamental no estudo do processo na Constituição é a análise do devido processo legal, ainda mais por ser um princípio fundamental presente no Estado Democrático de Direito, afirma que José Alfredo de Oliveira Baracho, aponta quanto aos “desdobramentos do referido devido processo legal, somente se reconhecendo a supremacia da Constituição frente às normas processuais é que se tem a efetiva tutela do processo” (DANTAS, 2009, p. 135), por isso mesmo ficando famosa a assertiva de que a norma de princípio constitucional resguardam a essência da função jurisdicional, se “considerati nella loro complessità, consentono all’interprete de disegnare um vero e próprio schema generale di processo, suscettibile di formare l’oggetto de uma es-posizione unitária”, atribuída àqueles responsáveis por fazerem esta conexão entre processo e constituição (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 7).

Ainda assim, há quem critique a existência de se separar processo constitucional e processo infraconstitucional (LEAL, 2008, p. 38), posto que pelas “características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade do Processo, não há falar em Processo Constitucional e outro infraconstitucional, de vez que é este juridicamente fundado naquele dentro de um modelo

8 Digna de nota é a observação feita pelo Professor Baracho de existir uma “diversidade de conceitos sobre o Processo Constitucional, daí a necessidade de examinar sua estrutura e seu conteúdo. Alguns doutrinadores partem da ideia da existência de duas disciplinas que são denominadas ‘Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual’, apesar das dúvidas que existem sobre esta dupla denominação. Considera-se a primeira como um setor do Direito Processual e a outra da Constituição, apesar de ambas serem estudadas por seus cultivadores como dois ramos da ciência jurídica, devido seu caráter limítrofe, apesar de não possuírem o mesmo conteúdo, mesmo que tenham sua fonte nas normas constitucionais”. (BARACHO, 2001, p. 139).

institucional constitucionalizado e unificado por princípios, garantias e institutos que lhes são qualificativos”, de qualquer forma, o professor Luiz Mundim, ao tomar os ensinamentos de Rosemiro Leal, preconiza ser o processo uma “instituição jurídico-linguística constitucionalizada que irá reger os procedimentos, a fim de que as decisões estatais, legiferantes, judiciais ou administrativas, sejam resultantes do compartilhamento do diálogo processual na Comunidade Jurídica Constitucionalizada” (MUNDIM, 2019, p. 333).

Os estudos de Fix-Zamudio tiveram enorme projeção na Europa, sendo capaz de gerar importantes estudos por parte do processualista italiano Ítalo Andolina, que passou a estudar e desenvolver uma nova teoria processual denominada “modelo constitucional do processo”, não mais podendo o processo ser entendido como mera sequência de atos coordenados com o escólio de uma decisão final, mas sim sendo o processo um lócus concretizador das garantias dos direitos fundamentais presentes na Constituição, daí a sua constitucionalização.

Neste mesmo sentido, seguindo

essa evolução processual no Brasil, entra-se então no modelo constitucionalizado de processo, influenciado pelos estudos dos processualistas italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera e escrito por José Alfredo de Oliveira Baracho na clássica obra *Processo Constitucional*, publicada em 1984. A base de sustentação do processo constitucionalizado está no devido processo legal ou devido processo constitucional que se forma, precipuamente, pelo direito de ação, compreendida esta como o direito de obter do Estado a prestação jurisdicional através da jurisdição, do direito a ampla defesa, com todos os meios a ele inerentes; o direito à defesa técnica produzida por um advogado; a garantia a não surpresa e à co-participação no processo na construção do provimento, por meio do contraditório; direito à ampla produção probatória; garantia do juiz natural; à revisão das decisões por um órgão colegiado, consectário do duplo grau de jurisdição e garantia de tratamento isonômico aos sujeitos do processo (FREITAS; ALMEIDA, 2015, p. 84).

Por outro lado, a crítica que se faz à teoria constitucionalista-processualista é que não conseguiu, ainda, desprender-se da jurisdição dos juízes, posto que o processo e os procedimentos presentes na Constituição continuam sendo instrumentos da jurisdição (atividade dos magistrados), (DEL NEGRI, 2008, p. 104), e que tal modelo constitucional de processo, devendo haver a aplicação “dinâmica de princípios que viabilizam participação dos sujeitos processuais na atividade preparatória do provimento. Depreende-se, pois, desse núcleo principiológico o eixo estrutural da processualidade democrática”. (MARQUES, 2016, p. 54).

Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ao que se pode identificar como sendo projetos do Estado e às próprias aspirações da sociedade (MARINONI, 2007, p. 47-48).

O CPC de 1973 não foi capaz de recepcionar o ideário desse novo modo de pensar o processo, o que só foi possível, no Brasil, com a nova roupagem dada ao direito processual civil com a Constituição de 1988, propiciando que o processo fosse alçado à condição de Instituição, presente na Carta Magna, e que as leis reformadoras do direito processual civil brasileiro e os projetos de leis subseqüentes deveriam todos guardar essa “fina sintonia” com o texto constitucional. Evidente que a ruptura existente com o modelo constitucional praticado no Brasil antes de 1988 tem relação direta com o ato fundador do denominado “poder constituinte”,

que no caso da Constituição de 1988, implementa, ou ao menos tenta implementar, o Estado Democrático de Direito⁹, colocando o processo como direito e garantia.

Não à toa que, com caráter científico a

teoria constitucionalista do processo, objeto de estudo pela Escola Mineira de Processo, colaciona que o processo, em seus novos contornos teóricos na pósmodernidade, apresenta-se como instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo (que abarca os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório) converte-se em garantia, em que os sujeitos são ao mesmo tempo autores (construtores) e destinatários do provimento final, emitido pelo diretor dialogador (magistrado) do processo (FREITAS, 2012, 371).

Ressalte-se que não se pode perder de vista o cuidado que se deve ter em relação a esse momento histórico para não se passar a ideia da ocorrência de verdadeiro simulacro constitucional (a constituição como simulacro, na visão de Luiz Moreira) em razão de que a Constituição, no caso, imprime essa relação de aproximação com o processo, por meio deste ato originário fundador, quando na verdade é apenas de fachada (simulada) consistindo, pois, o simulacro como verdadeira “justificação de um ato fundante que põe a Constituição como ato extraordinário da soberania popular, quando o poder constituinte e a assembléia por ele instalada se revestem de caráter ordinário” (MOREIRA, 2007, p. 93), não havendo relação da expressão simulacro, como poder-se-ia imaginar, com a falta de efetividade das normas constitucionais, no sentido de que haveria uma falsa aproximação entre o texto constitucional e as os artigos do CPC ou mesmo os dispositivos processuais e princípios relacionados ao processo, presentes na Carta Constitucional, apesar deste aspecto ser forte influenciador da descrença por que atravessam, atualmente, as normas processuais constitucionais no país.

Assim como Hecto Fix-Zamudio, que era originalmente constitucionalista, e depois passou a ser também processualista, muitos juristas brasileiros¹⁰ também começaram suas carreiras acadêmicas como constitucionalistas e enveredaram para o lado processualista, exatamente por saberem que o direito constitucional sem a presença e modelação do processo tem a aplicabilidade distorcida da realidade – o direito processual necessita do suporte constitucional para lhe imprimir legitimidade.

O estudo do processo atrelado à constituição (e o novo CPC bem demonstrou isso), passa também pela aplicabilidade dos direitos fundamentais, ou, como presente na própria Exposição de Motivos do anteprojeto, o qual busca obter uma sentença que resolva o conflito, “com respeito aos direitos fundamentais e no menor tempo possível, realizando o interesse público da atuação da lei material”. É o que Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero apontam, ao dizerem que o processo civil

9 O Estado Democrático de Direito é caracterizado pela junção entre os princípios do Estado de Direito com o da Democracia. Segundo Ronaldo Brêtas, “o Estado de Direito têm base jurídico-constitucional em um conjunto de normas jurídicas (princípios e regras)”, conjunto este formado por direitos e garantias fundamentais. Por sua vez, o Princípio da Democracia é caracterizado pela “participação ostensiva e preponderante na discussão e resolução dos problemas e questões de interesse nacional, por intermédio do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular, das audiências públicas e, principalmente, [...] por meio do processo constitucional”, não sendo somente caracterizado como uma forma de governo ou pelo simples direito ao voto. (BRÊTAS, 2015, p. 76).

10 Podemos citar os exemplos dos Professores Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Rosemiro Pereira Leal, doutores pela UFMG em direito constitucional, e o Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho.

passa a emprestar relevo à autoaplicabilidade dos direitos fundamentais (CRFB, art. 5º, §1º.), à proibição de proteção insuficiente, de proteção excessiva e de retrocesso na proteção dos direitos fundamentais, bem como à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja eficácia irradiante impõe o dever de interpretação da legislação infraconstitucional em conformidade com os direitos fundamentais. (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 17-19).

Consta, ainda, na Exposição de Motivos do novo CPC, que essa aproximação entre o Código e a Constituição só poderia existir se houvesse a introdução, expressamente no texto no novo CPC dos “princípios constitucionais, na sua versão processual”, prestigiando-se, por exemplo, os princípios do contraditório e ampla defesa, publicidade das decisões, razoável duração do processo (procedimento) e fundamentação das decisões¹¹.

O importante em si não é apenas constarem, expressamente, no novo CPC os princípios constitucionais, mas o modo e forma como vai ocorrer a interpretação do texto do código aos comandos constitucionais, objetivando sair ao máximo do subjetivismo que a própria teoria do direito não conseguiu se desvencilhar, muitas vezes presa à filosofia da consciência. Não se pode perder de vista, contudo, que o neoconstitucionalismo “exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como ‘conformação da lei’” (MARINONI, 2008, p. 47-48).

O certo é que, ao estudar a ciência do direito processual e seu objeto, como diz Aroldo Plínio Gonçalves (GONÇALVES, 2002, 45-47), na racionalidade moderna o centro de atuação do direito é a norma, e os ordenamentos mais racionais tem como centro a superação do subjetivismo com o propósito de se chegar à justiça, havendo aperfeiçoamento técnico da teoria do direito, que antes centralizava na figura do juiz, hoje apresentando-se mais racional. Nesse sentido a importância da ciência do direito processual em propiciar melhor aplicabilidade da norma jurídica, por meio dos órgãos jurisdicionais, e não mais vista subjetivamente. Daí a necessidade da criação da ciência do direito processual capaz de dar novo dinamismo ao processo (fase de criação dessa ciência), e o aperfeiçoamento dessa mesma ciência se acha presente quando são elaborados códigos processuais que realmente otimizem a sistematização do direito processual, propiciando maior organização interna, celeridade processual sem macular o contraditório e ampla defesa, diminuir a carga de subjetividade que o magistrado historicamente carrega ao decidir e, finalmente, propiciar a existência de um processo dialogado entre as partes construtoras da decisão final, na busca da efetividade¹² do processo, e não da jurisdição. Na verdade, o “Direito depende do Processo (que lhe traz a efetivação),

11 A respeito da fundamentação das decisões jurisdicionais, tem-se que observar ser “indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a “argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir aceitabilidade racional da decisão”. (BARROS, 2008, p 131-148). Pertinente trazer aqui, também, que há distinção entre fundamentar e motivar. André Cordeiro Leal aponta que “motivar, como se infere dos inúmeros escritos que tratam da atividade decisória, seja ela ‘jurisdicional’, seja legislativa, reduz-se, na dogmática jurídica brasileira atual (ainda impregnada de ancianidade inaceitável decorrente da desconsideração dos debates filosóficos sobre a temática), a um esforço retórico que intenta obter adesão do destinatário normativo através da sedução gerada por uma racionalidade estratégica (instrumental) engendrada para obstar o questionamento e a interlocução crítica que poderia ser suscitada pelo destinatário normativo, de forma a que, luhmanianamente, os destinatários das decisões estejam permanentemente aptos a aceitar decisões jurídicas de conteúdo ainda não definido”. (LEAL, 2012, p. 381).

12 José Roberto dos Santos Bedaque adverte que o “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo”. (BEDAQUE, 2007, p. 49.).

como o Processo depende do Direito (que o informa e lhe dita os trâmites)” (VIEIRA, 1998), e, no fundo, essa aproximação entre as normas do CPC e a Constituição Federal objetiva imprimir maior efetividade ao processo, mas deve ser implementada sem que haja perda nas garantias e direitos fundamentais.

3. AS DEFICIÊNCIAS DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL LEGISLATIVO NA CONSTRUÇÃO DE UM CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO E PARTICIPATIVO

Quando se fala em “processo constitucional” a vinculação que se vem imediata é que somente existe o processo constitucional jurisdicional, relacionado com a aplicação do CPC em si, contudo existe, tão importante quanto este, o processo constitucional legislativo, já estudado e que passou pelo olhar crítico do jurista José Alfredo de Oliveira Baracho, mesmo antes dos anos 80, e que vai dar contorno à elaboração da futura norma processual, consistindo o próprio processo constitucional “metodologia normativa que, em grau máximo, informa e orienta o processo legislativo e processo jurisdicional, visando a garantir e implementar os direitos fundamentais”, o que implica na própria criação e existência de “um processo constitucional legislativo e de um processo constitucional jurisdicional” (BRÊTAS, 2012, p. 127).

A respeito do processo legislativo constitucional, Flaviane Barros e Dierle Nunes entendem existir as seguintes fases preparatórias no processo constitucional legislativo, a saber:

a) fase do diagnóstico prévio, onde se procura identificar quais as divergências dos institutos processuais e a necessidade de se saber quais os problemas que propiciam o mal funcionamento deles, devendo-se, pois realizar-se pesquisa prévia no sentido de se buscar quais os males que permeiam a crise do mal funcionamento dos institutos processuais (NUNES; BARROS, 2010, p. 32). Por se tratar de uma -macrorreforma a elaboração de um novo CPC, tem-se que conciliar o antigo e o novo – os institutos processuais nem podem ser exageradamente inovadores e nem pode aniquilar ao máximo os institutos processuais do código que não mais estará em vigor, e foi o que na própria exposição de motivos do CPC se fez questão de consignar que “elaborar-se um Código novo não significa ‘deitar abaixo as instituições do Código vigente, substituindo-as por outras, inteiramente novas””.

b) fase da definição dos parâmetros da reforma e a constituição de uma comissão de juristas (NUNES; BARROS, 2010, p. 34), onde se observa que fundamentalmente a comissão tem que apresentar quais as linhas mestras da elaboração do anteprojeto do código, e que no caso da elaboração do CPC encontram-se identificados cinco objetivos bem claros, que são 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal, como dito, onde se apresenta a relação umbilical entre processo e constituição; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa, onde se observa a preocupação da comissão em desformalizar o processo; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal, evidenciando-se bem claramente a vontade legífera de, a todo custo, impri-

mir celeridade ao processo; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Após consignarem que o art. 1º do Ato nº 379, de 30 de setembro de 2009, que instituiu a Comissão de Juristas para elaborarem o anteprojeto do novo CPC, fixando o prazo de 180 dias para o término do trabalho codificador, Gregório Assagra de Almeida e Luiz Manoel Gomes Júnior advertem ser impossível a construção da envergadura de um CPC, com qualidade, em tão exíguo prazo, tendo faltado “análises estatísticas, estudos de fatos e prognoses para se aferir os prováveis impactos da nova proposta de Código na sociedade, em especial na jurisprudência” (ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, 2010, p. 144).

Tem-se de observar que esta comissão deveria ter partido, ao elaborar o anteprojeto, da existência e do estudo de dados técnicos já anteriormente colhidos quando da primeira fase acima identificada e não de sugestões pessoais de seus membros, colhidas muitas vezes no exercício da atividade profissional¹³ que cada qual desenvolve, posto que “a criação de um novo código é tarefa de cidadania e não de defesa de concepções teóricas e subjetivas próprias” (NUNES; BARROS, 2010, p. 34).

c) fase da participação dos cidadãos e da sociedade civil organizada (NUNES; BARROS, 2010, p. 34), incluindo em especial associações de classes, como Ordem dos Advogados do Brasil, Associação dos Magistrados, Ministério Público, Faculdades de Direito, Instituições de Pesquisas), se concretizando nas audiências públicas e nos congressos de direito para debaterem sobre o anteprojeto em formatação.

Esta certamente é uma das fases mais importantes do processo legislativo democrático, não se limitando a participação dos cidadãos e da sociedade civil organizada apenas quando o projeto é apresentado e, portanto, já em tramitação junto ao Congresso Nacional, mas no caso de elaboração de um código, onde o impacto jurídico, social, político e econômico, se aprovado, é muito grande na sociedade, precisa igualmente que essa participação ocorra já na fase pré-elaboração do código – quando da constituição da Comissão de Juristas que construirá o esqueleto do projeto, com a sua ideologia e diretrizes a serem buscadas e seguidas (mas muitas vezes ignoradas) pelo Congresso Nacional, a ponto de ser verdade a afirmação, no que se refere à tutela dos direitos constitucionais, que todo CPC deve incorporar, havendo um enfraquecimento

quando não permite o acesso da comunidade jurídica dos legitimados ao processo a uma intertextualização do discurso constitucional e encerra exclusivamente nos limites da autoridade o monopólio de conferir sentido a seus conteúdos pela instalação de um sistema linguístico fechado durante o estado de crise (TRINDADE, 2021, p. 225-226).

Pela importância que possui este tipo de lei (em forma de código) tanto o Senado da República quanto a Câmara dos Deputados estabeleceram, em seus regimentos internos, tratamento diferenciado e especial para a tramitação dos projetos de lei na estrutura de código, “mesmo

13 No caso da elaboração do novo CPC, há aqueles que argumentam que por ser o Presidente da Comissão de Juristas um magistrado, o viés determinante enveredaria para o lado de proteção à magistratura; por outro lado, como a maioria dos membros era constituída por advogados, inclusive a relatoria da Comissão, existiriam privilégios para a atividade da advocacia. Não se acredita que os membros da Comissão tenham se prestado à função de introduzirem elementos de caráter pessoal ou das classes que eles representam na elaboração de tão importante diploma processual.

imbuídos de natureza de lei ordinária ou de lei complementar, se a este tipo a Constituição reservar a matéria sobre a qual deva disciplinar” (CASSEB, 2008, p. 326). Uma das críticas mais agudas feitas à elaboração do novo CPC é a sua falta de legitimidade por não ter sido devidamente discutido tanto na fase do anteprojeto, como na fase de votação no Senado e, por último, na Câmara dos Deputados; por via inversa, há aqueles que sustentam exatamente o contrário – que nunca um projeto de lei tinha passado por uma discussão e posto à prova de ser testado criticamente tantas vezes como o da elaboração deste novo CPC. Era de se esperar, e não foi diferente, que os membros da Comissão de Juristas e os relatores do projeto (no Senado e na Câmara) expressassem suas opiniões aduzindo que houve ampla participação da comunidade acadêmica e não acadêmica, e da sociedade civil organizada, com a realização de diversas audiências públicas em muitas capitais do país, onde foram acolhidas as sugestões pertinentes e ainda o acompanhamento de juristas especializados em direito processual para imprimirem visão mais técnica ao projeto, tanto no âmbito da Câmara quanto do Senado.

A busca constante de potencializar o máximo de legitimidade ao projeto do novo CPC, tornando, assim, democrática a lei a ser elaborada guarda relação direta com a vontade popular, afinal o povo será o destinatário do código e o principal afetado por ele, devendo-se permitir “diversos mecanismo de consulta pública, que o verdadeiro titular do poder estatal oxigene, democrática e pluralisticamente, a atividade de seus representantes” (CABRAL, 2007, p. 43) e que a busca “pela legitimidade das decisões estatais perpassa então pela noção de democracia deliberativa, exercida por meio do debate público entre os diversos setores sociais envolvidos” (CABRAL, 2007, p. 43).

A legitimidade da norma não se encontra presente apenas no ambiente da sua constitucionalidade material ou formal, passando esse controle pela Função Jurisdicional, posteriormente, mas sim na própria confecção da lei (código), o que requer ampla e irrestrita participação dos atores que serão afetados quando da entrada em vigor da lei (no caso o CPC).

Ainda não foi feito criterioso estudo para se comprovar, ou não, se as audiências públicas e os Encontros Jurídicos realizados, dos quais participavam oficialmente os membros da Comissão de Juristas e os Relatores do Projeto (do Senado e da Câmara), foram ou não apenas pro forma, constituindo ambientes de pseudojustificação de legitimidade à elaboração do código, cujos integrantes (representantes formais do projeto) e os demais participantes que nestes fóruns de recolhimento de sugestões ao projeto do novo CPC, apresentavam-se como meros falantes, sem que o discurso tivesse uma sistematicidade, coerência e poder de convencimento, constituindo, por assim dizer, em local de falácia, e não de debates previamente alicerçados em uma estrutura capaz de apresentar elementos convincentes ao propósito que se destina, como se tudo já estivesse construído anteriormente, estando eles, portanto, imunes a quaisquer modificações do texto do anteprojeto ou projeto que não condizentes com a ideologia já elaborada. É o que Rosemiro Leal aponta como sendo a inconsequência da existência de um espaço onde coadunam livres e iguais, “como portadores naturais de liberdade e igualdade brotadas de um espaço público a partir de acordos firmados que buscam sua força legitimadora numa intersubjetividade de sentidos já historicamente (culturalmente) cristalizado” (LEAL, 2009, p. 320).

Essas “audiências públicas”¹⁴ ou “Encontros Jurídicos” tiveram característica bem diferente dos debates e votações no âmbito da Função Legislativa, havendo ou não votação, porquanto o que se objetiva é o acolhimento de sugestões para contribuição da formatação dos institutos de direito processual, que tanto podem ser mantidos, suprimidos ou mesmo criados. Por isso ser comum a participação de pessoas que tecnicamente se encontram preparadas para dialogar (debater), posto que o código de processo civil é uma lei muito técnica, não possuindo a característica de uma lei de direito material, a qual, pela sua própria natureza, em tese, cooptaria mais interessados em ouvir e dar sugestões; quanto aos debates e votações no âmbito da Função Legislativa, realizado pelos membros do Congresso Nacional (no caso por imposição constitucional de ser a elaboração de lei processual competência da União) pode-se dizer que os interesses são bem mais evidenciados, ainda que formalmente representem o povo. Neste último caso fica bem evidenciada a existência do processo (entendido como procedimento em contraditório). Não são meros procedimentos, mas sim processo, confirmando “a sua essência de estrutura privilegiada para a gestão democrática de atividade fundamental e, portanto, de instrumento para a realização e para a salvaguarda das liberdades” (FAZALLARI, p. 710). O processualista italiano, contudo, dedica pouco estudo, na sua principal obra, traduzida do italiano para o português pela Professora Elaine Nassif, tanto ao processo legislativo quanto ao processo administrativo – apenas cerca de 30 páginas, enquanto a respeito do processo jurisdicional são abordadas por cerca de 430 páginas.

Vale aduzir que, nas audiências públicas, em sede de discussão do projeto, o princípio do contraditório também deve ser respeitado, porque neste princípio, “as partes têm a garantia, hoje constitucional, de participar, em contraditório, da formação do Procedimento, o que implica em absoluta igualdade, em simétrica paridade” (GONÇALVES, 2002, p. 62). Na verdade, o que se busca é que a lei seja, no fundo, “produto de um Procedimento realizado em contraditório, ampla defesa e em simétrica paridade aberta a todos de tal modo a permitir a qualquer do povo a fiscalização processual de constitucionalidade dos Procedimentos legiferantes” (DEL NEGRI, 2008, p. 148).

Acredita-se ter havido relativa participação da sociedade e dos operadores do direito, mas a questão não é a quantidade dos eventos e audiências públicas realizados, mas sim a qualidade da oferta ao debate que ocorreu. Como dito, de pouco ou nada adianta ter havido esses encontros se já existia uma ideologia traçada anteriormente de imprimir ao projeto o ideário da celeridade processual, ainda que sob o véu respeitabilidade ao contraditório e à ampla defesa (comando constitucional).

d) o processo legislativo propriamente dito (NUNES; BARROS, 2010, p. 34), em tramitação no Senado Federal, Câmara dos Deputados, e que pelo sistema bicameral existente no país

14 O relator do projeto na Câmara, por exemplo, aponta, com o escólio de demonstrar que o projeto tem legitimidade e que passou por debate e discussões com a comunidade acadêmica e com os operadores do direito, portanto apto a ser votado, terem sido realizadas um total de “15 audiências públicas na Câmara dos Deputados e 13 Conferências Estaduais (Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, João Pessoa, Campo Grande, Manaus, Porto Alegre, Fortaleza, Cuiabá, São Paulo, Vitória da Conquista e Macapá). Foram ouvidos 133 palestrantes especialistas em Processo Civil, fora os participantes de Mesas Redondas. Foram apresentadas 900 emendas pelos deputados e apensados 139 projetos que tramitavam pela Casa e tratavam de Processo Civil. Por determinação do Presidente Fábio Trad, a quem devemos registrar a excelente condução dos trabalhos da Comissão Especial, foi disponibilizado no site na Câmara, no espaço E-Democracia, a versão do projeto tal como veio do Senado, oferecendo de forma inédita, a possibilidade a qualquer brasileiro, de qualquer parte do País, participar e oferecer sugestões aditivas, modificativas ou supressivas. O Portal E-Democracia registrou 25.300 acessos, 282 sugestões, 143 comentários e 90 e-mails. Além disso, fiz diversas viagens de norte a sul do Brasil para debater em conferências, seminários e eventos de diversas entidades do mundo jurídico e acadêmico, o projeto que se tornou o primeiro código brasileiro elaborado com intensa participação popular” (**Relatório do projeto do novo CPC. Apresentado pelo Dep. Sérgio Barradas Carneiro, em 19.09.12, na Câmara dos Deputados, em Brasília**).

deve voltar à Casa onde se iniciou o projeto de lei, com a apresentação de substitutivos e emendas, debates parlamentares, audiências públicas novamente, e, só posteriormente, sanção presidencial.

e) Fase da *vacatio legis*, em que há o preparo (espera-se) da comunidade acadêmica para aplicar o código (NUNES; BARROS, 2010, p. 34), devendo os magistrados, membros do Ministério Público, serventuários da Justiça, peritos, advogado, professores universitários, submeterem-se a cursos de atualização sobre as inovações e a sistemática adotada no novel código.

Nessa fase, que o novo CPC é de 1 ano da data da publicação, deve existir a implementação de uma política pública de democratização processual, que imponha verdadeira reforma do Judiciário, de suas próprias rotinas, posto que a mera reforma legislativa, por si só, não tem capacidade de obter resultados úteis, tudo sob a fiscalização, amparo e supervisão do Conselho Nacional de Justiça. Nesse mesmo sentido, a superação da crise por que atravessa o processo civil brasileiro não será superada com meras alterações do CPC, ou mesmo a elaboração de um novo CPC, devendo-se implementar “mudanças na estrutura dos órgãos jurisdicionais, com número de juízes em proporção adequada à população que atendem e ao número de processos neles em curso, dotando-se-lhes de recursos materiais suficientes e de pessoal treinado e tecnicamente qualificado, aspecto do problema em questão sempre olvidado” (BRÊTAS, 2007, p. 221).

A *vacatio legis* é uma fase de adaptação à legislação que ainda entrará em vigor, buscando-se, o quanto antes, projetar como ocorrerá a aplicação da nova lei. Terminada a fase da *vacatio legis* propriamente, tem-se que constituir nova comissão para o monitoramento dos efeitos da macroreforma, no sentido de saber o resultado, se positivo ou negativo, da mudança ocasionada por ela, verificando-se o impacto da entrada e supressão dos institutos processuais, bem assim identificar a adequação aos pontos divergentes entre os juristas. Igualmente, há necessidade de se ter em mãos um banco de dados atualizado, que pode, certamente ser oferecido pelo Conselho Nacional de Justiça, na medida em que nos últimos anos tem sido o Órgão responsável pelo monitoramento e reestruturação da Função Jurisdicional brasileira, possuindo todos os dados das falhas existentes no sistema e as possíveis rupturas de mudanças que se buscam para seu aperfeiçoamento.

Igualmente, nessa fase posterior à *vacatio legis*, mas já propriamente quando em vigor do novo CPC, o monitoramento dos efeitos da nova legislação, feita por essa comissão, tem que se ater aos aspectos de como se dará a aplicação da lei processual aos processos em andamento.

Ademais, devem-se buscar dados técnicos para comprovar se houve coerência daquilo que foi apresentado na Exposição de Motivos do Código (elementos teórico-estruturantes da codificação) com aquilo que foi realmente transformado em legislação, fazendo-se a correspondente ponderação do que foi projetado, buscado e concretizado.

A conexão entre o código antigo e o atual é sempre uma complicação para os “operadores do direito”, na medida em que a falta de técnica ou mesmo de conhecimento (estoque intelectual) de muitos dos profissionais a respeito dos institutos de direito processual se agrava ainda mais com a necessidade de terem que estudar novos institutos ou a adaptação deles à nova realidade imprimida pela codificação. Certamente será uma época de abundante produção doutrinária a tratar sobre o novo CPC, ficando-se atento tanto à quantidade, quanto à qualidade da dogmática produzida, tomando-se como referência essa nova legislação, sem

se perder para o aspecto comercial que o próprio ambiente jurídico vai imprimir, em publicação de muitos livros especializados sobre os novos temas de direito processual e interesse financeiro das grandes editoras do país em comercializarem e, conseqüentemente, auferirem lucros, nem que para isso haja a produção de verdadeiros lixos (livros) do estudo do direito processual civil, em particular.

4. A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO PROCESSO E O CENTRALISMO DECISIONAL DO JUIZ

A ideologia do positivismo no Brasil indicou um caminho de composição de funções e de quadros institucionais em que se possa reconsiderar o fundamento democrático no âmbito de um centralismo de Estado, o que indica a possibilidade de um retomar de regulação e de imposição de normas e padrões publicistas, dentre esses o Direito Processual. O que se coloca como tema do Processo no Brasil é que isso indica o quadro de composição de uma normatividade tradicionalmente tuteladora, onde o jurisdicionado é levado a aceitar formas processuais em que se possa colocar em posição de uma estatalidade autoritária.

O que se tem observado é que a implementação do código de processo civil de 2015 vai sacramentar a presença do dirigismo judicial, sendo as formas processuais comandadas pelo magistrado, tendo havido uma instauração com base na capacitação do processo através de um fundamento para a ação das partes e da constituição de um processo civil não linguístico, entendendo-se linguístico como discursividade aberta a todos e sistematicidade de uma democratização acessível, desde que preparados para essa discursividade; contrário, estaríamos diante de uma comunidade de falantes.

Percebe-se, pois, que na historicidade política brasileira há a presença marcante, no sistema democrático, do autoritarismo – o dirigismo mata a democratização, o fundamento da economia processual é se posicionar como algo de não democrático – indica tutela e não abertura democrática.

A crítica do processo instituído no Brasil é a sua própria fundamentação dentro um quadro democrático, isto porque o fundamento do processo é a Democracia, e a sistematização autoritária que ele assumiu no Brasil falsifica tal fundamentação. O processo é o núcleo da Democracia em um Estado de igual oportunidade para todos, oportunidade de fiscalização do cidadão em relação ao Estado. O Estado brasileiro, tradicionalmente, inverte a relação e coloca na normatividade autoritariamente posta a legitimidade do Direito.

A legitimação tem que ser processual-democratizante, com um discurso aberto a todos. O que se configura na instituição do processo é a sua função de sistematização das pretensões jurídicas, o que deveria ocorrer em um Estado coeso com os pressupostos discursivos seria a porta de entrada da democratização e não o fechamento discursivo-processual. Tal fechamento ocorre exatamente em um Estado propositalmente autorreferente e não democrático como o brasileiro. O processo civil brasileiro indica uma não vinculação ao sistema de democratização e de liberdade de fiscalização, de proposição e mesmo de decisão por parte do cidadão, e não apenas do juiz, todos construindo o provimento final.

A legitimação tende a se afastar, segundo Luiz Fernando Coelho, na sociedade tida como contemporânea, de seus

fundamentos religiosos e éticos, para esgotar-se na fundamentação jurídico-política: a existência da soberania popular como base da democracia e a presença de forma jurídica adequada, consistente e racional, a Constituição, a qual dá fundamento ao Estado e o limita. Destarte, o princípio da legitimidade não é somente o fundamento da ordem jurídica institucional, ele é o fundamento da ação do Estado (COELHO, 1991, p. 365).

Toda vez que há uma decisão em que não passa pela regra suprema (devido processo) não há democracia, segundo uma epistemologia contemporânea, e na crise do direito processual somente será superada se com base em uma epistemologia para o processo, para que a carga ideológica que se avoluma não seja entregue na jurisdição (entrega dos direitos fundamentais), ao juiz, portanto. No fundo, o direito processual trabalhado é ideologizado procedimentalmente estratégico.

O CPC atual ainda se encontra vinculado à dogmática, que passa a ser um ensino a partir das consciências dos juristas, buscando-se construir uma coerência das decisões (primeiro o juiz decide, depois procura no sistema a fundamentação para “democratizar” a decisão). Não é ciência, pois toma uma informação a partir de uma realidade já posta.

Todas essas cogitações passam pelo estudo e aplicação do processo à concretização do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, seria o zelador da dignidade da política e sob sua orientação instaurar-se-ia uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de realização da democracia. Tão forte se encontra o “poder” do STF no direcionamento do direito brasileiro, que na fase da elaboração do anteprojeto do novo CPC e na fase de discussão perante o Congresso Nacional, foi cogitada a participação da Suprema Corte para emitir uma espécie de “parecer” prévio a respeito da constitucionalidade ou não dos diversos artigos do possível novo código e de seus institutos correspondentes.

Não há que negar que a inserção de novos institutos no novo CPC, que trate a respeito da diminuição de processos a serem apreciados e, portanto, também julgados pelo STF, numa espécie de filtro constitucional, igualmente partiu da vontade (determinação) de seus integrantes, com o propósito de tornar as Cortes Superiores cada vez menos apreciadoras de demandas, ou melhor, de apreciarem processos-modelo e emitirem uma única decisão que servirá de paradigma aos demais processos em andamento. Da litigiosidade reprimida passamos para o decisionismo concretizado em uma única demanda com efeito às demais demandas processuais.

Assim, o Supremo Tribunal Federal converter-se-ia, infelizmente, em protetor da moralidade política, espécie de baluarte da “Política Justa” ou, quem sabe, um resguardador da boa gestão das esferas do Legislativo e do Executivo. Postura que implica intolerância para com os processos políticos, maculando a cidadania, fortalecendo-se, cada vez mais o protagonismo judicial, colocando-se o magistrado, pois, no “olho do furacão” dos problemas a serem enfrentados e quiçá resolvidos. Não por menos que o jurista Lênio Streck pergunta o

que resta do direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornam monocráticos...! milhares de processos são ‘resolvidos’ no atacado...! Não mais discutimos causas, pois passamos a discutir ‘teses’ jurídicas...! Como

que repetir a lenda do 'leito de Procusto', as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral etc.). E as ações são julgadas por 'pilhas'. Por isso, a repregunta: as duas décadas de fortalecimento do protagonismo judicial redundaram em quê? (STRECK, 2010, p. 106).

No caso do processo eleitoral, a intervenção do TSE, que em última análise está fazendo o papel do próprio STF, na medida serem raríssimos os casos em que processos eleitorais são apreciados pela Suprema Corte, tem-se observado verdadeira ingerência jurídica na apreciação dos pleitos eleitorais e, passadas as eleições, a vontade popular, cada vez mais, está sendo substituída pela vontade do magistrado estadual que exerce a função eleitoral ou de uma Corte composta por sete membros (no caso dos Tribunais Regionais Eleitorais ou Superior Tribunal Eleitoral). Há um déficit de democracia em que o processo eleitoral é, certamente, responsável pelo inadimplemento dos direitos e garantias fundamentais preestabelecidos na Carta de 1988. Não se pode deixar de assinalar, ainda, que com a elaboração de um novo CPC, as demandas eleitorais, de um modo geral, irão ser disciplinadas por este diploma, ainda que existam verdadeiros procedimentos criados na seara dos próprios Tribunais Eleitorais, sem o devido acompanhamento técnico-discursivo. No fundo, a "Justiça Eleitoral" está legislando, o novo CPC vai de encontro a essa realidade.

Os adeptos, por outro lado, desse intervencionismo judicial na atividade legisferante aduzem que se procura resumir tudo ao sistema normativo, "considerando-se metajurídico e, portanto, estranho à ciência tudo o que diga respeito aos valores que inspiram a norma, ou aos fatos que a fundamentam" (FERREIRA FILHO, 1984, p. 1), tendo os juristas muitas vezes que "tirar de palavras obscuras significados dúbios, dedicando-se com empenho a explicar o incerto com o vazio" (FERREIRA FILHO, 1984, p. 1). Não é fácil encontrar esse "meio termo". Plauto Faraco de Azevedo bem adverte que o magistrado deve obedecer à lei, à norma geral, cabendo ao julgador

a missão de individualizar de modo apropriado a lei aos casos concretos¹⁵. Para isto, tem o magistrado que abrir-se ao mundo ao invés de fechar-se no código e no exoterismo lógico-formal. É preciso que tenha claro que os códigos e os conceitos jurídicos estão no mundo, mas não são o mundo. Uns e outros existem para ordenar adequadamente a vida inter-subjetiva. (AZEVEDO, 1989, p. 70).

E essa missão de retirar a capa que encobre o significado da lei, aplicando ao caso concreto em apreciação, somente pode estar consentâneo com o Estado Democrático de Direito se passar pelo processo, entendido este como o "espaço-jurídico-discursivo, no qual a decisão é o resultado do confronto entre as argumentações defendidas pelas partes e pelo juiz" (BRÊTAS; SOARES, 2011, p. 4).

Os defensores da substituição do legalismo democrático pelo ativismo apostam que poder-se-ia configurar a ligação entre Constituição formal e realidade político-social, através de uma absorção dos Poderes da República pela própria dinâmica de uma sociedade carente, a mercê dos favores de um judiciário salvacionista. O ativismo seria uma panaceia política onde se adequaria a legalidade a um prisma de horizonte amplo, formador da opinião de pessoas sensíveis aos problemas sociais e de experts do sentimento e necessidades populares. Sob as condições modernas de um mundo da vida plural e de uma sociedade descentrada, assoma-

15 Pensamento bem típico relacionado aos posicionamentos doutrinários de Chiovenda.

riam, pois, os salvadores da pátria magistrais, os iluminatti de uma ordem estatal privilegiada e sábia, a que competem ser os guardiões da dignidade.

O processualismo democrático, e nisso o novo CPC precisaria ter ido mais adiante, necessita da atuação de uma jurisdição comprometida com a democracia, na garantia das condições processuais para o exercício da cidadania, que leva em consideração as desigualdades sociais e o pluralismo de identidades culturais e individuais, mas que não deve, nem precisa, ser um substituto para a cidadania que deve garantir.

O problema é que os ativistas não conseguem perceber que o próprio modo com que colocam o problema da legitimidade/efetividade constitucionais, o hiato entre ideal e real, contribui ainda mais para o agravamento daquilo que se pretendem minimizar, ou seja, ao idealizarem tanto a realidade político-social justa, não concedem à própria sociedade canais para se autodesenvolverem criticamente, desconsiderando exatamente o caráter vivido, ou melhor, o caráter hermenêutico das práticas jurídicas cotidianas, o que tudo deságua, indiretamente, nos poderes instrutórios do juiz no processo, a ponto de ser totalmente verdadeira a assertiva haver ausência de democraticidade jurídico-decisória no novel diploma em razão da manutenção da presença marcante dos poderes instrutórios do juiz,

o qual ignora o espaço processual na construção decisória. Ou seja, o CPC/2015 apenas camufla e disfarça a antiquada produção probatória pelo juiz (ainda bülowiano) que se fecha dogmaticamente aos avanços teóricos da epistemologia do direito processual e da constitucionalidade democrática ao manter uma insuspeita relação entre poderes instrutórios e livre convencimento motivado pelo juiz (MUNDIM, 2022, p. 14).

O reconhecimento da insuficiência da criação do direito pelo magistrado, como é a ideologia central do novo CPC, exige a superação da manipulação judicial das formas normativas, rompendo com a dicotomia real/ideal, assim como exige uma processualidade crítica que não pode desconsiderar as pretensões normativas concretamente articuladas pelos próprios envolvidos em questões jurídicas, havendo necessidade, inclusive, de serem repensados novos institutos do próprio direito processual, como é o caso do que se entende por processo e procedimento, preferencialmente aplicando-se, no novo CPC, ainda que não presente formalmente, as cogitações teóricas de Élio Fazallari, no que se refere à mudança do giro de se entender e se distinguir processo de procedimento, o que acabaria por implicar em menos poder nas mãos dos juízes.

Dentre estas concepções levantadas por Fazallari, talvez uma das mais importantes é a correlação contraditório/provimento final/atuação equitativa, a ponto de André Cordeiro Leal bem expor ser o contraditório “que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamento, uma atuação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais. Vai também garantir, em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente no Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos”. (LEAL, 2002, p. 77).

Assim é que, em trabalho apresentado junto ao CONPEDI, os processualistas Adriano Ribeiro e Sérgio Zandona, após fazerem referência ao posicionamento teórico explanado pelo professor Edimur Ferreira de Faria, para quem processo é “um conjunto de informações e de documentos canalizados ordenadamente, segundo regras e procedimentos próprios, desti-

dados ao pronunciamento de uma decisão final” (FARIA, 2011, p. 689), e que procedimento, entende que “é o meio que se adota para o encaminhamento ao processo, em todas as suas fases, de documentos, informações, meios e produção de provas, destinadas à formação do processo” (FARIA, 2011, p. 689), alertam que esta é a visão **instrumentalista**, contudo adota a visão procedimentarista segunda a qual “procedimento é a mera sequência de atos, enquanto que o processo é uma instituição constitucionalizada, composta de princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia)”. (FREITAS; RIBEIRO, 2019, p. 12-13.).

Por outro lado, ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, se opõe o paradigma judicialista ao qual se mostra um obstáculo aos temas do Direito processual democrático, assim, se deve assumir a tarefa de recuperar os princípios constitucionais já presentes na carta constitucionalmente que possibilitam, inclusive, proceder a uma crítica aos processos políticos e sociais.

Na verdade, e seguindo posicionamento de Leal (2002), para se sair do positivismo (que tem sido tão bem empregado na teoria do processo como relação jurídica, fortalecendo a atividade do juiz como gestor do processo) se faz necessária a construção de postulados, por meio de enunciados, proposições e normas. Proposição é um enunciado que permite uma escolha de sentido para a norma. A norma já não vem pronta. Para Popper, teoria é uma proposição formalizada que se oferece à crítica. A espinha dorsal do positivismo é o princípio da reserva legal. Este princípio é retórico? A questão é que o juiz não pode deixar de julgar quando inexistente norma. É um princípio retórico porque se aceite o *non liquet* revoga-se o próprio princípio, já que o juiz não pode criar o direito. O processo vai exatamente instaurar uma viragem linguística, na medida em que no próprio processo é que vai se buscar o Estado Democrático de Direito, o que propicia ao contraditório impor uma possibilidade da falseabilidade do controle normativo.

A legitimidade democrática do Direito proíbe em sua fundamentação, princípios lógicos unitaristas como o *non liquet*, a obrigação de julgar do magistrado, e ideologia da não possibilidade de aporia no sistema jurídico (nas formulações de Kelsen), ao definir a ordem jurídica como ordem coercitiva que funda um conjunto de normas concatenadas entre si e cuja validade é expressa pela norma hipotética fundamental concebida racionalmente, esta, por sua vez, assegura a unidade lógica do sistema normativo produzido pelo processo legislativo e de acordo com uma Constituição aceita pelo povo e assegurada por uma autoridade política capaz de se impor numa dada sociedade. Para se superar essa falsa legitimidade, é que deve ela ocorrer mediante um processo de proteção do discurso na legitimação do Novo Código de Processo Civil, ou seja, da possibilidade de inserção da democracia na construção de decisão jurídica, pondo-se, de lado, o dirigismo processual vinculativo à atividade do magistrado, propiciando que se concretize um verdadeiro Estado Democrático de Direito no Brasil, ou seja, um Estado que limite a si mesmo e assegure a liberdade das pessoas de argumentar, produzir e fiscalizar a lei.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação e implementação do modelo constitucional do processo no Brasil não surgiu de um dia para outro. Várias teorias do direito, em especial do direito processual, foram e devem ainda ser superadas, ainda assim atual diploma processual civil procurou sem bem mais democrático e participativo em relação aos códigos de 1973 e 1939.

Um dos juristas responsáveis pela concretização deste modelo constitucional do processo foi José Alfredo de Oliveira Baracho, o qual já mesmo antes da entrada em vigor da CF de 1988 já elaborava conexões entre o direito processual e o direito constitucional, em um ambiente jurídico (e político) onde não era comum e não era a regra este posicionamento teórico, havendo, por assim dizer, forte contribuição da teoria constitucionalista do processo ao direito brasileiro, certamente trazida e introduzida no país por este grande jurista mineiro.

O presente artigo não apenas se limita em apontar estas interfaces entre o processo e a constituição, mas também estudar, criticamente, as fases da construção de um diploma processual, partindo a fase inicial, onde se ventila a respeito da necessidade de um novo código e a última fase – onde são feitas as exposições e críticas a respeito da sedimentação do código.

Por fim, conclui-se que apesar da influência profícua do pensamento teórico desenvolvido pelo jurista José Alfredo de Oliveira Baracho, com inserção junto ao direito brasileiro (em especial do direito processual e do direito constitucional) da Teoria Constitucionalista do Processo, presente que se acha perante o código de processo civil atual, a dogmática jurídica nacional não se desvencilhou de colocar nas “mãos dos juízes” o poder/função de dizer o direito, preferindo ainda aposta no instrumentalismo, ainda que tenha havido avanços quanto à inserção da própria teoria constitucionalista do processo, da teoria fazallariana do processo e, menos ainda, da novel teoria processual neoinstitucionalista do direito (pouco referendada neste artigo jurídico). Certamente que estas conexões da teoria implementada no Brasil, em especial pelo Professor Baracho, é apenas um começo de uma longa trajetória, mas já exitosa, de seus fundamentos teóricos alicerçados nos anos setenta e oitenta, havendo necessidade de ser superado o instrumentalismo, a própria teoria da relação jurídica, para ser sedimentado um direito realmente democratizante mais proficuamente.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Daniel Farnese Cordeiro de. Da desprocessualização no Estado Social de Direito, segundo uma visão democrática contemporânea. In TASSINARI, Clarissa; MOPELLI, Giancarlo Montagner; JAQUES, Marcelo Dias (Orgs.). **O Estado Social em Xequê: democracia e contemporaneidade**. Blumenau: Dom Modesto, 2021.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Um novo Código de Processo Civil para o Brasil: análise Teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**. n. 87. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 1997.
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, G. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2ª ed., Torino: Giappichelli, 1997.

- ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Comissão de juristas responsáveis pela elaboração do Anteprojeto do novo código de processo civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.
- Aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional', **Revista de la Facultad de Derecho de México**, t. VI, n. 24, outubro-dezembro/1956.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite [Coord.]. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. In **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, v. 6, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In SAMPAIO, José Adércio Leite [Coord.]. **Crises e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do código de processo civil e o processo constitucional. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do processo constitucional. In CASTRO, João Antônio Lima Castro; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona [Coords.]. **Direito processual – estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. **Manual elementar de processo civil**. Belo Horizonte, 2011.
- CABRAL. Antônio. Os efeitos processuais da Audiência Pública. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, ano 6, n. 24/25, jul./dez., 2007.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CASSEB, Paulo Adib. **Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- CORDEIRO, Alexander Magno et al. Revisão sistemática: uma revisão narrativa. **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões** [online]. 2007, v. 34, n. 6 [Acessado 18 Setembro 2022], pp. 428-431. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-69912007000600012>. Epub 18 Jan 2008. ISSN 1809-4546. <https://doi.org/10.1590/S0100-69912007000600012>.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DANTAS, Ivo. Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal. In **Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Hector Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito**. MAC GREGOR, Eduardo Ferrer (Et. All). (Coord.) São Paulo: Malheiros, 2009.
- DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. Constituição e hermenêutica em países periféricos. In BRANDÃO, Paulo de Tarso et. al. [Coord.]. **Constituição e estado social: obstáculos à concretização da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- FAZZALARI, Élio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná; ALMEIDA, Victor Duarte. O procedimento judicial contratualizado no código de processo civil de 2015. In **Jurisdição e técnica procedimental**. Sérgio Henriques Zandoná Freitas; André Cordeiro Leal; Raphael Frattari; Wilson Engelmann [Orgs.]. Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia. Vol. 6. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná; RIBEIRO, Adriano da Silva; Processo administrativo e os princípios constitucionais à luz do código de processo civil. In **Processo, jurisdição e efetividade da justiça II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Sérgio Henriques Zandoná Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

FREITAS; Sérgio Henrique Zandoná; FREITAS, Carla R. C. C. Z. O processo constitucional e os institutos jurídicos da teoria geral do Estado: pressupostos para celeridade e efetividade na jurisdição brasileira. In MAGALHÃES, Joseli Lima. **Temas de direito processual democrático** (Coord). Teresina: Edufpi, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do novo Código de Processo Civil. In: CASTRO, João Antônio Lima. (Coord.) **Direito processual**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário. In GALUPPO, Marcelo Campos [Coord.]. **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo [Coord.]. **Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Hectro Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAGALHÃES, Joseli Lima. Da relativização dos direitos fundamentais na pandemia e a atuação legislativa do Conselho Nacional de Justiça. In MAGALHÃES, Joseli Lima (Org.) **Pandemia e Direitos Fundamentais**. Teresina: Edufpi, 2021.

MAGALHÃES, Joseli Lima. Improriedades e características de algumas normas fundamentais do novo código de processo civil brasileiro. In **O caráter mítico e estratégico do novo CPC**. Teresina: Edufpi, 2021.

MAGALHÃES, Joseli Lima. Técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 117, jul./set. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. A norma de valor ou o caráter normativo do valor. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região** (doutrina, jurisprudência e informação). Vol. 5., n. 1. Jan./Dez. 2008. Teresina.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 43 - 55, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.16>.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTOS, Fernanda Barbosa dos; DUARTE, Hugo Garcez. O juiz e o processo penal no pós-positivismo jurídico. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10198&revista_caderno=15. Acesso em abril. 2012.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O antagonismo entre a ética dos precedentes e o estado democrático de direito. In **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. Janeiro a Abril de 2019.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Podres instrutórios do juiz no código de processo civil e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Forum, 2022.

NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz [Coords.]. **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

PAULA, Felipe de; LUIZ, Luiz Guilherme Mendes de. A pesquisa legislativa: fontes, cautelas e alternativas à abordagem tradicional. In FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coordenadores). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Os princípios e as garantias fundamentais do projeto de código de processo civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10. In **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n.40, abr. /jun., 2011.

Relatório do projeto do novo CPC. Apresentado pelo Dep. Sérgio Barradas Carneiro, em 19.09.12, na Câmara dos Deputados, em Brasília.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Qui-
naud. Novo CPC – **Fundamentação e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TIVERON, Sérgio. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no novo CPC – Apontamentos críticos à exposição de motivos. In ROSSI, Fernando. et. al. (Coords.) **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TRINDADE, Túlio Márcio Santos. A pandemia e a crise de desprocessualidade dos direitos fundamentais. In MAGALHÃES, Joseli Lima. **Pandemia e direitos fundamentais**. Teresina: Edufpi, 2021.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC MINAS, v. 1, n. 1, p. 90, 1º. sem. 1998.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 30/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 13/05/2022
- Avaliação 2: 18/09/2022
- Decisão editorial preliminar: 19/09/2022
- Retorno rodada de correções: 19/09/2022
- Decisão editorial/aprovado: 23/10/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

(RE)PENSANDO O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO À LUZ DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ÂMBITO INTERNO

(RE)THINKING THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE BASED ON CONVENTIONALITY CONTROL AT THE NATIONAL LEVEL

ENIO NAKAMURA OKU¹

RESUMO

O que o estudo sobre controle de convencionalidade tem a nos ensinar sobre o processo civil brasileiro? O controle de convencionalidade pode ser realizado em qualquer etapa procedimental pelos juízes e tribunais nacionais tendo como parâmetro a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). O artigo procura estabelecer vínculos entre o controle, segundo a qual se espera que os juízes nacionais decidam como se fossem juízes interamericanos de direitos humanos, e as regras do Código de Processo Civil brasileiro, a fim de delinear o espaço em apoio aos direitos. A pesquisa utiliza, além de literatura especializada, decisões do Poder Judiciário brasileiro e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como resultado, o controle de convencionalidade serve para pensar e repensar a modelagem dos atos e procedimentos, estrutura judiciária e normas que os disciplinam. O processo civil recebe significação especial que configura o uso de instrumentos destinados à proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade; Corte Interamericana de Direitos Humanos; devido processo legal; jurisdição civil; Código de Processo Civil brasileiro.

ABSTRACT

What does the study of conventionality control have to teach us about the Brazilian civil process? The conventionality control can be exercised by national judges and courts at any stage of the procedure having as a parameter the American Convention on Human Rights. The article seeks to establish relationship between the

1 Doutorando em Direito na Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, em Niterói - UFF. Advogado e Consultor Jurídico do Poder Judiciário do Estado do Paraná. Professor Adjunto da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná - UTP. Autor do livro Habeas Corpus no Processo Civil Brasileiro, de artigos publicados em revistas científicas e propostas de enunciados aprovadas nas I e II Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal. Integra a Comissão de Ética e de Conduta do Poder Judiciário do Estado do Paraná na qualidade de Presidente. Participa também da Comissão de Direito Processual Civil e Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração, ambas da OAB/PR. Foi Supervisor do Núcleo de Controle Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Professor em outras instituições de ensino superior. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3533264069579967>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6842-2718>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

OKU, Enio Nakamura. (Re)pensando o processo civil brasileiro à luz do controle de convencionalidade no âmbito interno. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 184-211, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9019>.

control, whereby domestic judges are expected to decide as if they were inter-American human rights judges, and the rules of the Brazilian Civil Procedure Code to delineate the space in support of rights. The research uses, besides specialized literature, decisions of the Brazilian Judiciary and the Inter-American Court of Human Rights. As a result, conventionality control serves to think and rethink the modeling of acts and procedures, judicial structure and norms that discipline them. The civil procedure receive a special meaning that configures the use instruments for the protection of human rights.

Keywords: *Conventionality control; Interamerican Court of Human Rights; due process of law; civil jurisdiction; Brazilian Code of Civil Procedure.*

1. INTRODUÇÃO

Cada vez mais há uma percepção de que o ordenamento jurídico pátrio está integrado à ordem internacional. A interpenetração de tratados internacionais e normas de direito interno acaba por influenciar de maneira significativa a ordem jurídica.

Em decorrência dos acontecimentos históricos de um mundo globalizado multilateral, o próprio Direito vive um processo de democratização, por intermédio do qual a soberania estatal não é qualificada como absoluta, emergindo um espaço regional no qual os Estados se organizam em blocos econômicos e se torna necessária a observância do princípio do solidarismo, de forma a se buscar a compatibilização entre o ordenamento jurídico para a composição dos litígios (GOMES; WINTER, 2014, p. 160).

O Brasil adota o modelo de Estado Constitucional e Convencional de Direito, seguindo paradigma pós-estadualista ou pluralista, no qual a produção normativa estatal exclusiva cede lugar às múltiplas fontes normativas que impõem dever de conformidade aferido por instrumentos de controle.

No entanto, pouquíssimos são os estudos no país acerca do controle de convencionalidade no processo civil e repercussão das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) a serem assimilados nessa seara². Talvez essa circunstância venha reverberar sobre as raras referências aos tratados internacionais no texto do Código de Processo Civil - CPC (Lei Federal nº 13.105/2015, arts. 13, 24, 30 e 960, § 2º) e a ausência de menção ao controle de convencionalidade no diploma processual e atos normativos dos tribunais.

O presente artigo objetiva apresentar algumas questões relativas ao controle de convencionalidade desempenhado pelos juízes e tribunais brasileiros de forma difusa, procurando estabelecer os liames com as disposições contidas no CPC e as contribuições no âmbito da Corte IDH para seu desenvolvimento.

A descoberta dos problemas e alcance de soluções possíveis decorem da coleta e interpretação de dados provenientes da doutrina e decisões dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro e da Corte IDH, com apreensão discursiva do conhecimento a partir da análise das argumentações opostas e da interposição de elementos diferentes.

2 Esta constatação encontra-se na tese de doutorado de Vitor Moreira da Fonsêca (2017, p. 136).

A primeira parte discutirá o significado de adoção do controle de convencionalidade para o Poder Judiciário brasileiro como mecanismo a ser exercido por cada órgão jurisdicional considerando suas respectivas competências e normas de procedimento em vigor.

Em seguida, o estudo investigará a existência de procedimento destinado ao controle de convencionalidade difuso. A avaliação mostrará o modo como o controle repercute sobre a admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, o caminho para idealizar um incidente de arguição de “inconvencionalidade”, a prova dos tratados internacionais e seu vínculo com a fundamentação decisória analítica. Como resultado, o direito processual civil pátrio recebe significação especial que engendra a elaboração e interpretação das normas a respeito dos instrumentos destinados à proteção dos direitos humanos.

2. O SIGNIFICADO DE ADOÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PARA O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Existem teorias a respeito do patamar hierárquico dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos oscilando entre supraconstitucional, constitucional, lei ordinária ou supralegal.

Para fins deste trabalho, importante já deixar claro que as conclusões aqui expostas adotam como ponto de partida o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), firmado no recurso extraordinário (RE) nº 466.343/SP, que abordou a prisão civil do depositário infiel, tendo como relator Ministro Antonio Cezar Peluso.

Esses tratados são equivalentes às *emendas constitucionais*, se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (CF), inserido pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo (Nova York, 2007) e o Tratado de Marraqueche visando facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso (Marraqueche, 2013) possuem equivalência às emendas constitucionais, pois foram aprovados pelo referido quórum qualificado.

Outros destinados à semelhante proteção possuem caráter *supralegal* se não foram sujeitos ao processo legislativo típico das emendas constitucionais. Encontram-se erigidos acima das normas infraconstitucionais e abaixo da Lei Maior. São considerados como paradigma de controle da produção normativa doméstica e dotados de efeito paralisante em relação à legislação infraconstitucional conflitante com eles.

Já os demais tratados internacionais incorporados no Brasil que não versam sobre a proteção dos direitos humanos possuem força de lei ordinária.

Os compromissos internacionais assumidos pelo Estado impõem a necessidade de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos tratados internacionais e da jurisprudência firmada pela Corte IDH, provocando repercussão prática no direito interno. Essa compatibilização da

produção normativa doméstica com os tratados ratificados pelo governo e em vigor no país é assegurada por meio do controle de convencionalidade que se opera em degraus distintos (MAZZUOLI, 2009, p. 114, 128 e 129).

Por meio do controle internacional de convencionalidade, a Corte IDH e outros órgãos de proteção internacional procuram determinar a compatibilidade ou não da lei interna ou atos dos agentes de um Estado Parte, assim como a acepção e alcance das disposições convencionais. O produto dessa operação pode acarretar ordem ao Estado Parte, na qualidade de obrigação de resultado, consistente em modificar, suprimir ou revogar as regras da legislação nacional e práticas dos agentes estatais contrárias aos atributos e garantias dos direitos amparados pelos tratados ou convenções complementares do sistema³. Derivam a prestação de contas e a responsabilidade pertinentes ao Estado como um todo, insuscetível à divisão de competências entre os órgãos indicadas pelo direito interno (MAC-GREGOR, 2011, p. 559).

Cuida-se, portanto, de controle de índole legal e jurisdicional desenvolvido a nível internacional ou supranacional, confiado a um tribunal (internacional ou supranacional) para que determine quando os Estados Partes, por meio de suas normas ou atos, violam a norma convencional e geram através deles a responsabilidade. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), o controle realizado pela Corte IDH é subsidiário, acessível quando todos os controles jurisdicionais domésticos vierem a falhar (ALCALÁ, 2013, p. 519 e 520).

A contraposição entre o ordenamento interno e convenções e tratados internacionais de que o Estado seja parte também é aferida pelos órgãos jurisdicionais de cada Estado. Com fundamento na fórmula *pacta sunt servanda*, o cumprimento da normativa convencional pelos Estados Partes constitui obrigação internacional, consoante disposto no art. 2.2 da Carta das Nações Unidas, arts. 26 e 27 (não invocação do direito interno para justificar o inadimplemento do tratado) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CVDT) e, no âmbito do SIDH, arts. 1 (obrigação de respeitar os direitos), 2 (dever de adotar disposições de direito interno) e 29 (normas de interpretação mais favorável) da CADH.

Com isso, a compatibilização vertical das leis ou dos atos normativos pode não só ter a Constituição como paradigma de controle. Qualquer tratado internacional ratificado pelo governo e em vigor no país pode servir ao parâmetro de convencionalidade. Não se restringe à CADH nem aos tratados de proteção de direitos humanos. Os órgãos jurisdicionais devem não só levar em consideração a relação entre leis e os ditames constitucionais, mas também entre as normas internas e os tratados internacionais (RUSSOWSKY, 2012, p. 1765-1768).

Ao lado de servir como *fio condutor* para alinhamento do direito interno, o controle de convencionalidade interno implica o acesso à justiça por meio do *devido processo*, relevante para os sistemas nacional e de proteção internacional dos direitos humanos. Os alicerces do processo em relação ao indivíduo que reivindica o seu direito (ou pretende reivindicá-lo) encontram-se no art. 8 da CADH.

O juiz nacional é o juiz natural da CADH, considerado como elemento essencial de acesso à justiça, responsável por dirimir uma controvérsia e decidir sobre os direitos e obrigações dos litigantes, assim como tutelar os direitos humanos. O devido processo é um conceito

3 Apesar da divergência, existe a compreensão acerca da viabilidade de a Corte IDH obrigar internacionalmente o Estado a derrogar uma lei que gera violação de direitos humanos em todos os casos que dizem respeito à aplicação da Convenção de Direitos Humanos, tendo a possibilidade de invalidar uma lei interna (GUERRA, 2017, p. 402).

dinâmico e expansivo que encontra prestígio no controle judicial de convencionalidade, como em qualquer disputa na qual um órgão do Estado intervém para dirimir conflitos nas diversas matérias, acentuando as “garantias judiciais” do mencionado art. 8 da CADH⁴ (ALCALÁ, 2013, p. 521; RAMÍREZ, 2011, p. 149 e 150).

Embora inconfundíveis, esse mecanismo invoca traços similares ao controle de constitucionalidade, no qual o paradigma de análise não é o Texto Constitucional, mas sim a Convenção. O controle de convencionalidade complementa-se ao de constitucionalidade, conforme conclusão adotada pela Corte IDH no Caso *Gelman vs. Uruguai*⁵. Compreender o controle de convencionalidade como um instrumento destinado a incrementar o controle constitucional na defesa dos direitos humanos é relevante para projetar os procedimentos. E essa aproximação entre os institutos ressoa nas conclusões alcançadas ao longo deste estudo.

Isso não significa que os Estados que aceitaram a jurisdição da Corte IDH devam adaptar seus sistemas de controle constitucionalidade a um tipo *difuso*. A exigência diz respeito à aplicação dessa categoria de controle de convencionalidade a qualquer um dos sistemas existentes (concentrado, difuso ou eclético), no âmbito de suas respectivas competências e normas processuais. A Corte IDH não pode (nem pretende) tornar-se um órgão que *define* ou *impõe* os sistemas de controle que cada país adota, em decorrência de sua própria cultura, realidade e contexto histórico (MAC-GREGOR, 2011, p. 535).

A depender da arquitetura judicial relativo ao controle de convencionalidade em sede nacional, o exame de confrontação normativa em um caso concreto terá diferentes graus de intensidade e formas de realização, de acordo com o quadro de suas respectivas competências e regras processuais correspondentes.

3. EXISTE UM PROCEDIMENTO DESTINADO AO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL?

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle de convencionalidade pode ser realizado por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI ou ADO), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) ou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF⁶) tendo como paradigma a norma internacional com envergadura de emenda constitucional⁷.

4 O órgão jurisdicional deve satisfazer as condições do juiz natural, independência, imparcialidade e competência.

5 No Caso *Gelman vs. Uruguay*, a Corte IDH afirmou: “88. En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria” (Corte IDH, 2013, p. 25). Nesse sentido: GOMES; ZANCHI, 2018, p. 218.

6 Na ADPF 496, o Ministro Luiz Edson Fachin afirmou: “Seja por ofender os tratados internacionais, seja por ofender diretamente o próprio texto constitucional, é procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental”. Sustenta que os tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional, assim como direitos humanos são direitos fundamentais.

7 Mostra-se também possível a representação interventiva ou ação direta interventiva, de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República em caso de violação aos princípios constitucionais sensíveis, entre os quais os direitos da pessoa humana (arts. 34, VII, b c/c 36, III, da CF) (GOMES, 2018, p. 141 e 142).

Ao controle judicial de constitucionalidade, seja no que diz respeito ao órgão que o exerce (concentrado ou difuso), seja quanto à forma ou modo (abstrato ou concreto), deve ser integrado o parâmetro composto pelo bloco constitucional. Esse agrupamento inclui não só os atributos e garantias dos direitos garantidos no texto da Constituição, mas também aqueles que enriquecem tais direitos e estão contidos nos tratados (ALCALÁ, 2013, p. 545).

A dinâmica dos atos processuais impulsionada pelo ajuizamento das demandas, em via de controle concentrado, é regulada por diversas leis especiais (Leis Federais nº 9.868/1999 e 9.882/1999). Interessa-nos, porém, perscrutar eventual disciplina sobre controle de convencionalidade realizado pelos órgãos jurisdicionais no CPC, cujas disposições são aplicadas supletiva e subsidiariamente aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, nos termos do art. 15 do estatuto processual.

No âmbito da Corte IDH, o Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*⁸ em 2006 inaugura a doutrina do controle de convencionalidade no continente americano, exurgindo a modalidade difusa e a obrigatoriedade de seu exercício como ordem pública internacional (RUSSOWSKY, 2012, p. 1762-1764). No mesmo ano, o Caso *trabajadores demitidos do Congreso vs. Peru* proporcionou avanço na jurisprudência no sentido de que os controles de constitucionalidade e convencionalidade são realizados pelo juiz de ofício, sem a necessidade de pedido formulado pela parte⁹.

Essa supervisão da validade de leis ou outros atos normativos pressupõe a tramitação completa do iter processual de internalização dos tratados estabelecidos pelo direito constitucional nacional, devendo, como assinalado pela jurisprudência do STF, aguardar não somente as fases internacionais (assinatura, ratificação e depósito), mas também as etapas internas (promulgação e publicação) (CONCI, 2014, p. 363-392).

A checagem da legislação vigente em cotejo com fontes internacionais ou supranacionais implica que “os juízes nacionais devem internalizar em sua atividade jurisdicional que também são juízes interamericanos” (ALCALÁ, 2015, p. 336). Opera-se, por meio de diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, uma espécie de comunicação interjurisdicional entre a Corte IDH e o Poder Judiciário nacional: uma interação vertical decorrente da posição de controle final desenvolvido pela Corte IDH sobre a aplicação dos direitos realizadas pelas jurisdições domésticas (ALCALÁ, 2015, p. 338-346).

O controle da convencionalidade transforma o magistrado nacional em verdadeiro guardião da CADH, seus protocolos adicionais e da jurisprudência da Corte IDH que, ao interpretar

8 No Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, a Corte IDH decidiu: “124. [...] los jueces y tribunales internos estan sujetos al imperio de la ley y, por ello, estan obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento juridico. Pero cuando un Estado há ratificado un tratado internacional como la Convencion Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, tambien estan sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convencion no se vean mermadas por la aplicacion de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos juridicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convencion Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino tambien la interpretacion que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete ultima de la Convencion Americana” (Corte IDH, 2006, p. 53).

9 No Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, a Corte IDH decidiu: “128. [...] los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones” (Corte IDH, 2006, p. 47).

as referidas normas, entoa seus deveres e poderes na presidência do processo não exaurientes no art. 139 do CPC.

Os juízes nacionais possuem o dever de salvaguardar tanto os direitos fundamentais anunciados internamente, quanto o conjunto de valores, princípios e direitos humanos que o Estado tem reconhecido em instrumentos internacionais e cujo compromisso internacional assumiu. Têm a obrigação de *seguir* a jurisprudência da Corte IDH ao decidir processos internos. São os primeiros intérpretes de regulamentações internacionais, se considerada a natureza subsidiária, complementar e coadjuvante dos órgãos interamericanos, e possuem a responsabilidade de harmonizar a legislação nacional com parâmetros interamericanos (MAC-GREGOR, 2011, p. 563-571; MALARINO, 2011, p. 437-439)¹⁰.

Mas o magistrado reputado como “juiz de direito comum da convencionalidade de direitos humanos” (CAVALLO, 2019, p. 64-66) não é o único protagonista nessa *jurisdição convencional*. Na dinâmica e postura entre os sujeitos processuais, o advogado deverá empenhar na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio e arguir eventual inconventionalidade da norma, dando ao constituinte o amparo jurídico e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses (LEAL; ALVES, 2017, p. 115)¹¹.

Ao lado daquele que é essencial à administração da justiça, o Ministério Público está encarregado de garantir o cumprimento ou aplicação de todas as normas em vigor na ordem jurídica brasileira. Na aferição de convencionalidade das leis, o órgão ministerial igualmente deve examinar a compatibilidade vertical material entre as normas do direito pátrio com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados, pleiteando pela adaptação ou invalidação de eventuais leis contrárias aos dispositivos pactuados (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2021, p. 32-37). Esse labor envolve vindicar a correta aplicação de normas internacionais de direitos humanos, em razão da qualidade da parte ou interveniente como fiscal da ordem jurídica, em processos coletivos ou quaisquer outros litígios em que é chamado a intervir, a exemplo do art. 178 do CPC.

Já foi mencionado que a aplicação dos instrumentos internacionais pelo juiz nacional pode ocorrer *ex officio*, independentemente de solicitação da parte, aqui incidindo o aforismo *iura novit curia*. Pouco importa a alegação das partes sobre a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, donde se extrai a regra da oficiosidade do controle de convencionalidade nacional. Por ser uma questão de direito (e não fática) e em observância ao mencionado brocardo, inexistente qualquer decisão *extra petita* quando os órgãos jurisdicionais empregam os tratados internacionais na fundamentação. Outrossim não há preclusão para o exercício desse controle concretizável em qualquer grau de jurisdição, independentemente de litígio de direito público ou de direito privado, desde que observado o contraditório (FONSÊCA, 2017, p. 110-123; HITTERS, 2009, p. 121 e 122; MAC-GREGOR, 2011, p. 582).

Corolário do devido processo legal, as partes terão a oportunidade de serem ouvidas previamente à decisão para que possam argumentar a respeito da matéria (ALCALÁ, 2013, p. 546). O CPC (arts. 9º e 10) veda o denominado *fundamento-surpresa*, ainda que se trate de matéria

10 O desenvolvimento de incorporação do direito internacional de direitos humanos na seara nacional deve-se às próprias jurisdições domésticas, especialmente jurisdições constitucionais elevadas, que progressivamente têm privilegiado interpretações dinâmicas que favorecem e possibilitam o acolhimento dos direitos humanos previstos em tratados internacionais.

11 A não arguição da inconventionalidade implica infração aos arts. 2º, parágrafo único, IV, c/c 28 do Código de Ética e Disciplina da OAB.

cognoscível independentemente de provocação das partes, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos e sua obrigatoriedade. Não se admite decisão lastreada em ponto jurídico fundamental sem que se tenha oportunizado às partes de se manifestar, mesmo que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Como consequência, a eleição da norma a ser aplicada não dispensa possibilitar previamente a manifestação dos sujeitos parciais em inafastável atendimento ao diálogo judicial¹².

Ao contrário do controle de constitucionalidade, cujo procedimento é regulado expressa e particularmente pelo CPC (arts. 948 e 950) e legislação extravagante, não há no direito brasileiro descrição singular acerca do modo de exercício do confronto do ordenamento interno frente aos tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário.

O controle de convencionalidade é realizado conforme as competências e procedimentos delineados em cada ordenamento jurídico, compreendendo recursos, nulidades e outros instrumento processuais. Decorre do direito a um recurso efetivo quando sentenças e demais atos judiciais violarem direitos consagrados na CADH (art. 25), inexistindo um modelo procedimental específico e padronizado para o manuseio (FONSÊCA, 2017, p. 113-115). Consoante proclamado pela Corte IDH no Caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, a CADH “não impõe um modelo específico para realizar um controle de constitucionalidade e convencionalidade” (parágrafo 124) (2014, p. 38).

Qualquer tipo de procedimento disciplinado pelo CPC ou fora deste, dotado de arquétipo ritual comum ou especial, pode instrumentalizar o controle de convencionalidade. Imaginável por isso que não exista um procedimento especial nem incidente particularizado de controle de convencionalidade.

Nesse trabalho de averiguar a existência ou necessidade de adequar regras eventualmente inconvenientes ou insuficientes, o controle pode ser exercido em qualquer etapa procedimental, inclusive em grau de recurso.

Em sede de apelação perante os Tribunais de Justiça, detectam-se decisões com análise de parâmetro convencional envolvendo a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). Como exemplos, os tribunais estaduais aferiram, em ação de interdição (arts. 747 a 758 do CPC), se o art. 114 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei Federal nº 13.146/2015 - LBI), que alterou os arts. 3º e 4º do Código Civil, impedindo o decreto de interdição absoluta dos que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, encontra fundamento e está em consonância com os preceitos da CDPD, considerada norma equivalente às emendas constitucionais¹³. Ainda, no que tange à a curatela em favor da tutela dos interesses do interditando, os arts. 84, caput e seu § 3º e 85, §§ 1º e 2º, da LBI constituíram objeto de confrontação com o aludido tratado internacional para verificar a possibilidade de estender a curatela para além dos atos patrimoniais e negociais¹⁴.

12 Portanto, “ao se utilizar o mecanismo do controle de convencionalidade incidental, deve o julgador, independentemente do grau de jurisdição, ao formar seu livre convencimento no que se refere à necessidade de proceder com o controle de determinada norma, oferecer às partes oportunidade de manifestação” (ROCHA; FERREIRA; TARREGA, 2019, p. 329-331).

13 A questão foi enfrentada pelo TJSP, conforme os seguintes julgados: 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1008623-63.2018.8.26.0565, Rel.(a) Mary Grün, j. em 02/02/2021; 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1000449-02.2017.8.26.0565, Rel. J.B. Paula Lima, j. em 21/01/2021; e 6ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1006448-04.2015.8.26.0565, Rel.(a) Cristina Medina Mogioni, j. em 27/01/2020.

14 Referida contraposição normativa pode ser observada nas decisões proferidas pelo TJMG: 5ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0000.21.009582-4/001, Rel.(a) Des.ª Áurea Brasil, j. em 01/07/2021; 5ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0000.21.024516-3/001, Rel.(a) Des.ª Áurea Brasil, j. em 01/07/2021; 5ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0000.20.588544-5/001, Rel.ª Des.ª

E, por meio de ação ordinária de obrigação de fazer, foi examinado o pedido de concessão da gratuidade no transporte municipal em favor de pessoas com deficiência a partir do exercício do controle da compatibilidade das normas internas com as convencionais¹⁵.

Claro que, ao disciplinar qualquer procedimento, o legislador pode deixar de dispor sobre o necessário para uma adequada tutela dos direitos materiais ou modificá-lo sem proveito algum à atividade jurisdicional (SICA, 2012, p. 61-89). Entretanto, identificar particularidades na forma como se realiza esse controle processual e compreender suas conexões com a legislação processual civil podem trazer benefícios práticos que vão desde a convencionalização do direito em si até justificar a existência de regras diferenciadoras ou mais claras para o próprio processo.

4. DE QUE FORMA O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REPERCUTE SOBRE A ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL?

Os tribunais superiores e a Corte Constitucional cooperam e praticam o controle de convencionalidade. O permissivo ao manejo dos recursos extraordinário (RE) e especial (REsp) está nos arts. 102, III e 105, III, da CF, com as alterações advindas da EC nº 45/2004. O CPC (arts. 1.029 a 1.044), como não poderia deixar de ser, apenas disciplina o andamento do feito perante o STF e STJ.

Na qualidade de verdadeiras Cortes de revisão, esses tribunais pronunciam a tese jurídica correta e, no julgamento da causa, aplicam-na ao caso concreto. Na fórmula constitucional, a expressão tratado internacional envolve o significado amplo concedido pelo art. 2.1.a da CVDT.

Incumbe ao STJ o julgamento de qualquer questão federal resolvida em única ou última instância pelos TRFs e TJs, quando a decisão recorrida conferir interpretação ou aplicação equivocada de tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência (art. 105, III, a, da CF). Esse contraste da decisão concerne ao tratado considerado como lei federal (FONSÊCA, 2017, p. 115-119) e requer a impugnação específica dos pontos dos dispositivos internacionais que teriam sido violados, devendo ser direta e frontal¹⁶.

Áurea Brasil, j. em 04/03/2021; 5ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0000.20.511560-3/001, Rel. Des. Wander Marotta, j. em 29/10/2020; 5ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0000.20.079223-2/001, Rel. Des. Wander Marotta, j. em 13/08/2020; 5ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0024.14.165381-6/001, Rel. Des. Wander Marotta, j. em 07/02/2019; 8ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0000.18.019771-7/001, Rel. Des. Gilson Soares Lemes, j. em 27/07/2018. A questão foi submetida ao Órgão Especial do TJMG em incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 4ª Câmara Cível, mas foi rejeitada. Confira-se a ementa do julgado na arguição de inconstitucionalidade nº 1.0000.17.034419-6/002: "1. A Lei 13.146/2015, no que tange ao estabelecimento da incapacidade relativa para os portadores de deficiência, está de acordo com a Convenção da ONU Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, com status equivalente ao de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. 2. Ao estabelecer que a 'curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial', o art. 85, § 1º, da Lei nº 13.146/15, não estipulou que o exercício do direito se daria de maneira absoluta, já que ressalvada a proporcionalidade da definição da curatela às necessidades e circunstâncias de cada caso".

15 O pedido foi apreciado pela 1ª Câmara Cível do TJBA na apelação nº 0119131-39.2009.8.05.0001. Na hipótese, o conceito de deficiência encontra-se estabelecido pela Convenção da Guatemala, introduzida na legislação brasileira através do Decreto nº 3.956/2001.

16 Na dicção do Ministro Joel Ilan Paciornik do STJ exarada no AgRg no REsp 1577745/MG, "embora cabível o controle de convencionalidade por meio de recurso especial, a análise de ilegalidade em face da Convenção Interamericana de Direitos

Na hipótese de divergência da decisão recorrida ao tratado submetido ao regime do art. 5º, § 3º, da CF, a norma terá status de emenda constitucional, permitindo a interposição do RE perante o STF com fulcro no art. 102, III, a, da CF¹⁷.

No silêncio do texto constitucional, está o parâmetro constituído pelos tratados com pata-mar supralegal. Existe o posicionamento do STJ admitindo competência desta Corte para apreciar REsp fundado em ofensa direta à tratado de caráter supralegal¹⁸.

De outro lado, assiste razão ao Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes ao defender no AgInt no REsp 1704452/SC a ausência de competência do STJ de afronta à norma convencional veiculadora de direitos humanos, em virtude de sua natureza superior à lei ordinária. Em sua opinião, “ao paralisar a eficácia da norma legal, o tratado supralegal [...] aproxima-se ontologicamente muito mais de disposição constitucional do que de legislação federal”. Com base na doutrina, referida autoridade judiciária deixa claro que o tratado não se equipara, na qualidade de direito supralegal, com direito federal, cuja alegação de violação abre ensejo ao REsp (art. 105, III, da CF). Acrescenta que a “boa doutrina atribui aos tratados supraleais natureza materialmente constitucional”. E destaca que o controle de convencionalidade, mesmo na categoria de supralegalidade, aproxima-se mais das técnicas de hermenêutica constitucional do que às de solução de conflitos infraconstitucionais, concluindo que a competência pertence ao STF.

Somado a esses argumentos, o certo é que, posicionada acima das normas infraconstitucionais, esses tratados extraem diretamente da Lei Maior a sua condição de validade, prevalência que o inciso II do art. 4º da Lei Maior confere aos direitos humanos, e servem como paradigma de contenção de toda a produção normativa doméstica¹⁹.

Deveras, mesmo não aprovados com quórum qualificado após a EC nº 45/2004, a contrariedade aos tratados que detêm posição de relevo na ordem jurídica interna há de caracterizar o disposto no art. 102, III, a, da CF, de modo que a alínea merece a seguinte leitura: contrariar dispositivo desta Constituição, bem como tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados ou não na forma do § 3º do art. 5º.

De acordo com o art. 102, III, b, da CF, o Pretório Excelso tem competência para julgar RE que trata de impugnação de decisão que declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal que seria constitucional. Adotando-se o raciocínio exposto, a contrariedade da lei federal à Texto Constitucional ou tratado com status constitucional ou supralegal torna viável o RE.

Nesse controle realizado de forma difusa por todos os magistrados, seja qual for a instância, os efeitos são, em regra, *inter partes*, existindo a possibilidade de produção de efeitos além dos estreitos limites da relação processual concreta caso a controvérsia venha a ser apreciada pelo STF por meio de RE com repercussão geral (GOMES, 2018, p. 142 e 143). A admissão do recurso com repercussão geral, consistente na relevância social, econômica, política ou jurídica da questão controvertida, implica o sobrestamento das demais ações que

Humanos pressupõe seja apontado o dispositivo supralegal violado, com apresentação das razões correlatas. No caso em tela, não constam os referidos apontamentos, configurando deficiência da fundamentação, conforme Súmula 284/STF, que obsta o conhecimento do recurso especial”.

17 No mesmo sentido: RODRIGUES, 2017, p. 237-243.

18 Cite-se, por exemplo, a decisão prolatada pela 5ª Turma do STJ no REsp 1.640.084/SP, tendo o Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas como relator.

19 Nessa toada, é o entendimento perfilhado pelo STF nos seguintes julgamentos: 2ª Turma, HC 141949, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 13/03/2018; e Tribunal Pleno, ADI 3357, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, j. em 30/11/2017.

envolve questão jurídica idêntica e a tese firmada pelo STF no julgamento é aplicada automaticamente àqueles casos.

Em complemento, cabe registrar que a alegação sobre tratado internacional pela primeira vez no âmbito recursal poderia constituir inovação. Mas não existindo ampliação dos fatos conhecidos em primeiro grau e, uma vez aberta a instância especial, é dever do STF e STJ conferir a interpretação e adequada qualificação jurídica aos fatos, consumando o princípio do *pro homine* com primazia na ordem jurídica nacional e o *iura novit curia*²⁰.

5. UM INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE “INCONVENCIONALIDADE”?

A arguição incidental de inconstitucionalidade perante órgãos fracionários dos tribunais possui disciplina nos arts. 948 a 950 do CPC. Convém avaliar se o controle de convencionalidade pelos tribunais exige observância da reserva de plenário (*full bench*), que submete a declaração de conflito normativo ao quórum da maioria absoluta dos membros do Pleno ou Órgão Especial de Tribunal.

A 5ª Turma do STJ deliberou, por meio do REsp 1640084/SP, pela viabilidade de realizar o controle de convencionalidade *sem* necessidade de respeito à cláusula de reserva de plenário. O julgamento foi realizado com base na tese da suprallegalidade dos tratados de proteção dos direitos humanos, tendo como parâmetro do controle o art. 13 da CADH em relação ao tipo penal de desacato. Observou o Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas que, em se tratando de tratado ou convenção votado sob regime do art. 5º, § 3º, da CF,

[...] a coisa seria diferente, porque a norma, aí, teria status de emenda constitucional e, desse modo, haveria controle de constitucionalidade, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de controle concentrado, ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em caso de controle difuso (cláusula de reserva de plenário).

De acordo com a tese exposta, não haveria afastamento da norma em relação à Constituição, inexistindo usurpação da competência do STF. Os órgãos fracionários de tribunais podem declarar a inconvencionalidade dos atos normativos nacionais.

Dada a dimensão apontada pelo Suprema Corte brasileira no que tange aos tratados e convenções sobre direitos humanos *aprovados ou não* pelo procedimento rígido e qualificado, estes ora integrarão um bloco de constitucionalidade, ora infiltram no sistema jurídico nacional com status suprallegal, posicionando-se entre a Lei Fundamental e a legislação interna.

A noção conceitual de bloco de constitucionalidade foi construída na jurisprudência francesa e no trabalho de Louis Favoreu, incorporada em diversos Estados e vigente na ordem jurídica nacional por intermédio do § 2º do art. 5º da CF, cujo preceito representa cláusula

20 Diversamente, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes asseverou nos embargos de declaração em ação cível originária nº 2236 (AO 2236 ED): “[...] é importante destacar que a recorrente inova e invoca preceito normativo sabidamente não avertado em sua petição inicial. Não existe nenhuma linha de argumento tratando sobre o Tratado de Nova Iorque em suas petições nos autos, vindo a citá-lo pela primeira vez em sede recursal, após a decisão monocrática que lhe foi desfavorável, o que é proibido pela jurisprudência desta Corte, [...]”.

constitucional de abertura. Na década de 1970, o Conselho Constitucional admitiu a normatividade de outras disposições, como o Preâmbulo da Constituição de 1958, ainda que não se encontrem escritas no texto da Lei Fundamental. As normas, juntamente com a Constituição positivada de um Estado, formam um bloco de princípios e regras dotado de nível hierárquico constitucional e funcionam como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis exercido pelo Conselho Constitucional (HACHEM; PETHECHUST, 2015, p. 592-596)²¹.

A compreensão desse bloco permite o controle de constitucionalidade das normas que o contrariem. Como consequência lógica, a verificação da compatibilidade das leis reclamará a observância da reserva de plenário quando envolver os tratados internacionais em matéria de direitos humanos na forma do art. 5º, § 3º, da CF, os quais são equiparados à emenda constitucional.

No entanto, mesmo aqueles que cuidam da proteção dos direitos humanos e são dotados de status supralegal apresentam posição distinta capaz de neutralizar a eficácia jurídica de disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934, a reserva de plenário encontra inspiração na jurisprudência norte-americana como mecanismo de racionalização dos julgados e destinada a evitar irrestrita apreciação pelos órgãos fracionários no tocante à inconstitucionalidade, conduzindo a análise da questão a um debate mais amplo. A súmula vinculante nº 10 reforça a reserva de plenário, compelindo sua observância mesmo quando houver afastamento da lei ou ato normativo no caso concreto.

Então, independentemente da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no sistema jurídico, a legislação infraconstitucional não tem primazia sobre seus ditames, circunstância que similarmente deve implicar a obrigatoriedade de observância da reserva de plenário e a observância do rito descrito nos arts. 948 a 950 do CPC por falta de forma especial de exercício no processo.

De resto, essa compreensão com esteio no direito posto não afasta outros questionamentos: o incidente em apreço é adequado para o controle de convencionalidade? Os contornos procedimentais efetivamente cumprem seu objetivo de proteção dos direitos humanos? Seja como for, com lastro na legislação processual em vigor, não nos parece justificável o emprego de ferramentas distintas nem tratamento diferenciado quanto ao modo para aferição e proteção dos direitos humanos tendo em vista tão somente a assimetria hierárquica dos tratados.

21 Daniel Wunder Hachem (2014, p. 293) ensina que, por força do art. 5º, §2º, a ordem constitucional reconhece como posições jurídicas fundamentais determinados direitos de diferentes origens: "(i) os expressamente positivados na enumeração do Título II da CF; (ii) os implícitos e subentendidos nos enunciados normativos desse mesmo apartado da Constituição; (iii) os proclamados explicitamente em outras partes do texto constitucional que se assemelhem àqueles inscritos no rol do Título II em termos de conteúdo e importância; (iv) os previstos nos tratados internacionais de direitos humanos; (v) os que não estejam anunciados em texto normativo algum, mas que decorram dos princípios e do regime constitucionalmente adotados".

6. A PROVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SEGUNDO A DISCIPLINA CONTIDA NO ART. 376 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As atividades argumentativa e probatória das partes não de refletir na fundamentação das decisões judiciais. O objeto da prova recai, como regra, sobre o conjunto de alegações controvertidas relevante para o julgamento da causa.

Provar o teor e a vigência de uma lei constitui exceção em virtude da imposição de se respeitar a legislação (art. 3º da LINDB) e da aplicação da regra do *iura novit curia*. Contudo, impor o dever de conhecer o teor e a vigência de todas as normas não federais aos magistrados reputa-se inviável²².

O regime de *prova do direito estrangeiro* possui suas raízes na antigas Ordenações portuguesas e nos primeiros Códigos de Processo Civil dos Estados (CINTRA, 1985, p. 276-284). Os CPCs de 1973 (Lei Federal nº 5.869/1973, art. 337) e 2015 (Lei Federal nº 13.105/2015, art. 376) exigem da parte que quiser alegar direito estrangeiro ou consuetudinário o ônus de provar o teor e sua vigência, se o magistrado assim determinar²³. O teor da lei corresponde ao conteúdo, ao passo que a *vigência* é o atributo da norma jurídica destinado a propagar efeitos no mundo jurídico.

Significa, conforme explica Antônio Carlos de Araújo Cintra (2012, p. 869-894), que as partes podem ser instadas a apresentar perante o juízo qual a norma jurídica estrangeira aplicável ao caso concreto. E, ao demonstrá-la, não deverão apenas indicar o texto de uma disposição isolada da lei de outro país, mas sim fornecer ao juízo, juntamente com a linguagem, todos os efeitos e consequências jurídicas produzidos no sistema jurídico dentro do qual se inserem. Uma vez estabelecida a norma jurídica estrangeira por essa forma, presume-se que ela esteja em vigor no ordenamento jurídico estrangeiro, se não for apresentada prova de sua revogação.

Existem, de acordo com Luis Cezar Ramos Pereira (1985, p. 276-284), duas regras contidas: a primeira refere-se ao *objeto da prova*, devendo ser observado o direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário, enquanto a segunda diz respeito ao *ônus da prova*, incumbindo a quem alegar. Se a parte não provar o fato alegado por impossibilidade justificada no julgamento da lide, o julgador aplicará as normas legais que considerar pertinentes ao caso e, na carência dessas prescrições abstratas, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Desnecessária é a juntada da legislação estrangeira quando da propositura da demanda, exceto se o juiz a requerer, situação em que será oportunizado prazo para manifestação pela parte²⁴. Pode-se exigir à parte a quem aproveita a prova da existência ou vigência normativa demonstre-a por meio de certidões emitidas pelos próprios órgãos emissores, obtidas junto à

22 O objeto de prova não será o direito, mas sim a alegação da parte interessada de que ele possui determinado teor e se encontra em vigor (DINAMARCO, 2009, p. 69).

23 O CPC 1939 (Decreto-Lei nº 1.608/1939) assim dispunha: "Aquele que alegar direito estadual, municipal, costumeiro, singular ou estrangeiro, deverá provar-lhe o teor e a vigência, salvo si o juiz dispensar a prova" (art. 212). Em 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, à época intitulada de Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942), reafirmava a regra predominante conferindo novo enfoque: "Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência" (art. 14).

24 No REsp 1123156/MG, a 2ª Turma examinou o art. 337 do CPC 1973 envolvendo preceito normativo municipal, cujas razões expostas também se aplicam ao direito estrangeiro.

embaixada do país no Brasil, ou ainda por publicações (traduzida, se necessário) específicas e idôneas de uma publicação do texto legal²⁵.

Como se vê, o CPC limita-se ao tratamento do direito estrangeiro como parte do capítulo das provas, mas não alude aos tratados internacionais. A incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional é disciplinada constitucionalmente mediante conjunção de vontades entre Poderes Executivo e Legislativo. Acrescentam-se os costumes internacionais que têm sido aplicados, inclusive pelo Pretório Excelso, ensejando abertura do ordenamento interno às fontes internacionais convencionais ou extraconvencionais (RAMOS, 2011/2012, p. 505-507).

O direito estrangeiro diz respeito apenas ao direito interno de cada país, dentro do qual não se entropem os tratados internacionais incorporados. A incorporação arreda-os da conjuntura do direito estrangeiro e conseqüentemente não se verifica subsunção ao art. 376 do CPC. O magistrado poderá, por simples pesquisa através da internet, ter contato com os tratados internacionais, jurisprudência e doutrina internacional de direitos humanos. A prova será supérflua se ele tiver condições de se inteirar do direito convencional invocado pela parte.

Mesmo diante dessa facilidade, nada impede ao juiz determinar a prova do teor e vigência dos tratados internacionais, *incorporados ou não*, no direito pátrio com base no dever de cooperação previsto nos arts. 6º e 378, incidente sobre todos os sujeitos do processo, infundindo em cada qual um comportamento pautado pela boa-fé, para se atingir uma profícua comunidade de trabalho com ajuda das partes ao conhecimento do magistrado.

7. A FUNDAMENTAÇÃO ANALÍTICA PREVISTA NO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Discorda-se da afirmação doutrinária de que, no direito brasileiro, inexistente controle jurisdicional de convencionalidade realizado pelos órgãos jurisdicionais internos, concebendo-o como um “enfeite terminológico” ou “sucedâneo terminológico do controle de supralegalidade”²⁶. Qualquer designação desvela algum aspecto particular ou essencial pelo qual um objeto é percebido e compreendido.

A responsabilidade do Judiciário perante a sociedade concretiza-se na explicação pelos juízes acerca de suas decisões baseadas na aplicação de normas legais, com emprego de raciocínio e descobertas de fato baseadas em evidências, análise e formação de convicção.

O dever de fundamentação, previsto expressamente no Texto Constitucional (art. 93, IX) e Cartas Estaduais²⁷ e com alcance decisório amplo, inflige invalidação na hipótese de sua inob-

25 Esta é a lição da abalizada doutrina (LUCON, 2016; GÓES, 2017; CÂMARA, 2020; BUENO, 2017; ALVIM, 2015, p. 331). Muitas vezes socorre-se da juntada de obras jurídicas ou de pareceres de juristas de renome do Estado especialistas no assunto cujo direito se pretenda demonstrar (técnica do *Affidavit*).

26 Os autores argumentam que “não existe, no Brasil, controle jurisdicional de convencionalidade realizado pelos órgãos jurisdicionais internos, pelo simples fato de que esses lidam com os tratados quando já incorporados pelo ordenamento doméstico e transformados, seja em texto constitucional, seja em texto supralegal” (ABBOUD; SCAVUZZI; FERNANDES, 2017, p. 569-584).

27 O dever de fundamentação das decisões judiciais encontra-se insculpido nas Constituições dos Estados: AC (art. 93, IX), AP (art. 126, IX), AM (art. 64, X), CE (art. 96, XI), ES (art. 103, VIII), GO (art. 47), MA (art. 72, X), MT (art. 92, IX), MS (art. 105), MG

servância. As diferentes legislações processuais ocidentais convergem para a necessidade de uma decisão fundamentada, tal qual se observa nos arts. 11, caput, e 298 do CPC.

A fundamentação alinha-se às garantias inerentes ao processo constitucional para, de um lado, atribuir a legitimidade democrática esperada às decisões (ELLIS III, 2008, p. 939- 948)²⁸, e, de outro, prestar contas às partes e à sociedade a respeito das razões pelas quais a decisão se orientou nesse ou naquele sentido, se as leis adotadas estão em conformidade ou não com a Constituição e as obrigações jurídicas internacionais (MITIDIERO, 2019). A legitimidade do Judiciário deriva em grande parte da confiança do público em sua justiça e fidelidade à ordem jurídica (FELTER, 2008, p. 6).

Sob outro ponto de vista, o trilhar argumentativo submete-se ao controle pelas instâncias superiores e comunidade jurídica. Magistrados, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, professores de Direito e pesquisadores, todos podem olhar para o comportamento e julgamento, lendo, criticando e elogiando em vários graus e aspectos (PRENDERGAST, 2019, p. 258). Afigura-se também a importância no âmbito das Cortes para formação de precedente, o qual se impõe horizontal e verticalmente na organização judiciária.

Como podemos compreender o § 1º do art. 489 do CPC no contexto do controle de convencionalidade? Decisão devidamente fundamentada envolve exigências, cujo detalhamento pode variar conforme ordenamento jurídico, a exemplo da disposição do CPC. A organização da argumentação judicial deve estar em concordância com as exigências de racionalidade e controlabilidade. Mas o ordenamento jurídico pátrio não dispõe de regra que discipline expressa e especificamente métodos ou elementos a serem considerados na redação decisória no exercício do controle de convencionalidade.

Os órgãos jurisdicionais mantêm compromisso direto e responsável pela aplicação do direito interno para conferir, com base em critérios aceitáveis de interpretação, significados que entenda corretos ou justos. Afora isso, em companhia com outros órgãos do Estado, o Judiciário tem a missão de proteger os direitos humanos de forma eficiente.

As decisões dos juízes e dos tribunais nacionais contribuem para a garantia de respeito e salvaguarda aos direitos humanos. As violações desses direitos não devem constituir assunto exclusivo dos tribunais internacionais de direitos humanos, merecendo relevo a participação do Poder Judiciário de cada Estado (FONSÊCA, 2017, p. 70). E a fundamentação decisória se projeta como ambiente de destaque no exercício do controle de convencionalidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, não se vislumbra disposição clara para que direitos e deveres consagrados na Constituição sejam interpretados de acordo com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado, acompanhando a mesma abertura ao direito internacional adotada nas Constituições de outros países latino-americanos²⁹ e influenciada pelo art. 10.2 da Constituição da Espanha de 1978 e art. 16.2 da Constituição de

(art. 98, IX), PA (art. 150), PB (art. 100), PR (art. 96, XI), PE (art. 57), PI (art. 118), RJ (art. 156, X), RN (art. 73, XI), RO (art. 82), SC (art. 78, X) e SE (art. 97, VIII).

28 O escrutínio público é necessário para sustentar a legitimidade do Poder Judiciário, permitir o olhar atento do público para avaliar suas ações e resultados, alterar a ordem jurídica quando a interpretação judicial encontra o desfavor dos anseios da sociedade, demonstrar que a justiça está sendo feita, além de prevenir abusos do poder judicial. Privar do público a oportunidade de visualizar qual justiça está sendo feita aumenta o risco de provocar sensação de injustiça, suspeita, desconfiança, corroendo a confiança do público em instituições judiciais e, em última instância, levam a ameaça de ataques e à erosão da independência judicial.

29 São exemplos: art. 13, IV, da Constituição da Bolívia de 2009, art. 93 da Constituição da Colômbia de 1991, quarta disposição final e transitória da Constituição do Peru de 1993 e art. 1º da Constituição do México de 1917.

Portugal de 1976. A norma constante do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988 não é dotada de idêntica redação.

Apesar disso, a decisão da Corte IDH é de observância obrigatória e vinculante para o Estado Parte³⁰ e, se determinar indenização compensatória, poderá ser cumprida pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado (arts. 62.3 e 68 da CADH)³¹. Por conta do controle de convencionalidade, a magistratura nacional deverá internalizar a evolução jurisprudencial do sistema interamericano no conteúdo decisório, visando à proteção e garantia dos direitos humanos no âmbito interno. No Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, a Corte IDH deixou registrado que “os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que lhe tenha dado a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (parágrafo 225) (2010, p. 86).

Percebe-se que o texto do art. 927 do CPC apresenta espaço vago em sua redação quanto ao controle de convencionalidade, na medida em que as decisões da Corte IDH possuem carga impositiva e devem ser respeitadas por juízes e tribunais brasileiros. A interpretação da Corte estabelece formal e oficialmente o alcance de tais disposições e consequente medida dos deveres dos Estados e direitos dos indivíduos, devendo ser necessariamente observada por órgãos jurisdicionais. Essa eficácia vinculante na interpretação das normas compreende a fixação do significado das disposições convencionais, o entendimento gerado pelo preceito para todos os fins de aplicação que possa ter, não albergando fatos e casos específicos, que dizem respeito apenas ao Estado e à vítima que comparecem ao julgamento (RAMÍREZ, 2011, p. 138 e 139)³².

Uma vez assimilado esse paradigma constitucional multinível, o diálogo volta-se à discussão e busca por consenso no terreno dos direitos humanos. O juiz nacional possui a obrigação de justificar integralmente sua decisão, proporcionando argumentos suficientes e convincentes sobre o sentido e alcance de uma disposição de direitos humanos (CAVALLO, 2019, p. 63 e 64), além de assegurar a aplicação da norma mais protetiva para a pessoa humana (GOMES, 2013, p. 236). Essa tarefa não apenas compreenderá o espírito das soluções jurisprudenciais emitidas pela Corte IDH, mas assumirá um papel ativo de interpretação e aplicação da convenção no direito interno (ALCALÁ, 2013, p. 522).

30 A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença, consoante entendimento perfilhado pela 5ª Turma do STJ no AgRg no RHC 136961/RJ. Em sentido similar, o Ministro Luís Roberto Barroso proclamou na ADPF 496: “A competência, no âmbito internacional, para a interpretação e aplicação da Convenção é atribuída à Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 62 da Convenção), [...]. Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema deve levar em consideração a interpretação eventualmente dada pela Corte Interamericana ao dispositivo nacional”.

31 A sentença condenatória proferida pela Corte IDH contra o Brasil para pagamento de indenização possui eficácia executiva, independentemente de homologação disciplinada nos arts. 960 a 965 do CPC, pois não se trata de sentença estrangeira. Deveria encontrar expressa alusão como um dos incisos do art. 515 do CPC em virtude do art. 68 da CADH e nascer de um processo. O cumprimento dessa sentença tramitará com base no rito descrito nos arts. 534 e 535 do CPC. Porém, tal caminho pode ser considerado insuficiente para conferir reparação aos direitos humanos. Os entraves inerentes ao próprio mecanismo em prejuízo à vítima, como o tempo e consequente demora no andamento do processo, a forma de pagamento sob o regime de precatório, justificam a necessidade de procedimento específico ou seu aprimoramento, acompanhado de estruturação e regulamentação.

32 A Corte IDH afirmou no Caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana” (Corte IDH, 2012, p. 118).

A responsabilidade em proporcionar integral proteção dos direitos humanos por decisão judicial não consiste simplesmente em deixar de aplicar o padrão nacional contrário ao parâmetro convencional. Implica tentar harmonizar o protótipo nacional com a CADH, seus protocolos e jurisprudência convencional para descartar aquelas interpretações contrárias ou incompatíveis com o paradigma convencional (MAC-GREGOR, 2011, p. 535)³³.

Para entoar em harmonia o direito nacional e as decisões proferidas pela Corte IDH, há de assimilar ainda o ordenamento pátrio e posicionamento do STF, sob pena de se colocar em risco a própria soberania nacional (art. 1º, I, da CF)³⁴. Nesse contexto, é possível empregar técnica hermenêutica de *interpretação conforme*, por meio da qual o catálogo interno de direitos e liberdades constitucionais são articuladas com os valores, princípios e normas contidos em tratados internacionais sobre direitos humanos assinados pelos Estados, bem como pela jurisprudência de tribunais internacionais (e às vezes outras resoluções e fontes internacionais), para alcançar seu maior eficiência e salvaguarda. É uma exegese conciliatória das fontes constitucional e internacional, na qual, entre as interpretações possíveis, o intérprete deve optar pela tutela mais ampla (MAC-GREGOR, 2011, p. 549-557)³⁵.

Esse labor interpretativo não significa a imposição do padrão internacional sobre o nacional. Cumpre ao intérprete promover a interação e harmonização com construções argumentativas, dando azo à possibilidade de prevalência do último sobre o primeiro em decorrência do princípio *pro homine* ou *pro persona* (MAC-GREGOR, 2011, p. 550).

Oportuno mencionar que a teoria da margem de apreciação (*the margin of appreciation doctrine*), com ressonância na jurisprudência nacional, admite que, em algumas situações, os Estados tenham certa diversidade de resultados em sua interpretação, no processo hermenêutico sobre as obrigações dos tratados de direitos humanos em virtude da situação econômica, social, política ou jurídica diferenciada. A pretensão universal dos direitos humanos, em que a definição dos direitos fundamentais deve ser a mesma para todos os indivíduos, é relativizada para conferir margem de discricionariedade voltada ao temperamento de algumas decisões proferidas internacionalmente por parte dos Estados³⁶. Nessa conjuntura, os tribunais nacionais podem formular suas próprias interpretações quanto às regras do direito internacional sobre-

33 Extrai-se da decisão proferida pelo STF no agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança nº 32732: “O Poder Judiciário, no exercício de sua atividade interpretativa, deve prestigiar, nesse processo hermenêutico, o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional de direitos humanos como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), extraindo, em função desse postulado básico, a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana”.

34 Colacionam-se os seguintes julgados do STJ nesse teor: 5ª Turma, AgRg no AREsp 1648236/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 01/06/2021; e 3ª Seção, REsp 1798903/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 25/09/2019. Quanto ao último, consta do voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz: “A conclusão principal, a meu ver, é inexorável: se o Brasil ratificou a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos e a introduziu no direito positivo pátrio com, no mínimo, hierarquia suprallegal (posto que infraconstitucional), reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal aos tratados e às convenções internacionais – conforme decidido no RE n. 466.343/SP, em 2008 –, todo o sistema judicial, desde o magistrado de primeiro grau até os membros da Suprema Corte, deve se conformar à ideia de que o controle de constitucionalidade implica também um controle de convencionalidade, os quais não de ser exercidos de forma intercomplementar”.

35 Não significam duas interpretações sucessivas: primeiro de acordo com a Constituição e, em seguida, em conformidade com o tratado internacional.

36 A propósito, é o que consta da decisão proferida pela 3ª Seção do STJ no HC 379.269/MS, datada de 24/05/2017. Trata-se de espaço para discricionariedade incidente sobre conflitos entre direitos humanos ou conflitos entre direitos e outros objetivos importantes. A doutrina é um princípio de interpretação e julgamento utilizado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, concedendo a autoridade dentro de alguns limites a um Estado para determinar se eles violaram os direitos da Convenção em um caso particular. É uma via importante para encontrar um meio-termo quando as tradições legais e as culturas interagem ou colidem. Embora ausente no texto convencional, a doutrina é uma prática de longa data estabelecida pelo próprio tribunal (FOLLESDAL, 2018, p. 269-272).

tudo quando não houver jurisprudência da Corte IDH sobre a norma que julgadores nacionais examinam e pretendem aplicar (RAMÍREZ, 2011, p. 139).

Ainda, a invocação de tratado internacional deverá ser acompanhada de um juízo analítico das decisões da Corte IDH e sua conformação da *ratio decidendi* ao caso concreto. A falta de realização do *distinguishing* em casos pode significar ausência de fundamentação, o que invalida a decisão nacional.

Como aponta André de Carvalho Ramos (2011/2012, p. 509-511), o uso retórico e argumentativo da *ratio decidendi* internacional para fundamentar a decisão nacional, incrementando seu poder de convencimento, é especialmente útil nas rupturas hermenêuticas promovidas pelos tribunais nacionais. Todavia, há de se evitar o uso doméstico deturpado de tratados e demais normas internacionais sem conexão com a interpretação internacional, cujo fenômeno é por ele denominado “tratados internacionais nacionais”, ou seja, a interpretação pelo Judiciário dos tratados sem levar em consideração a forma como os órgãos internacionais os interpretam.

Ao realizar a compatibilização normativa, o julgador contemplará as peculiaridades do caso concreto, a situação fática descrita no processo, os enunciados normativos existentes no ordenamento nacional, incluindo aqueles inscritos em tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito pátrio, e na ordem internacional, aqui incluídas as decisões proferidas pela Corte IDH, de forma a alcançar a solução mais favorável e aos grupos em situação de vulnerabilidade (GOMES, 2018, p. 144).

Embora inexista hierarquia entre instituições internas e internacionais de garantia de direitos, aquelas estão submetidas a um dever de conformação do direito interno ao tratado internacional ao qual o país aderiu. Inúmeros direitos estão cultivados tanto nas Constituições nacionais quanto nos documentos internacionais. Isso acarreta sobreposição das possibilidades de controle, não podendo as instituições responsáveis pela afirmação de cada documento desconhecer o trabalho de outras. Os órgãos jurisdicionais nacionais devem considerar as decisões de órgãos de níveis diversos (nacionais, supranacionais e internacionais) reciprocamente em suas atividades.

Sob esse viés, ao fundamentar seus julgados, os órgãos jurisdicionais nacionais devem considerar, no ônus argumentativo, os padrões decisórios sobre a temática pertencentes a outros órgãos envolvidos na afirmação de direitos. Se distanciarem desses posicionamentos, deverão ser marcadas as diferenças entre os casos decididos e entre as formas de decisão (SANTOS; TEIXEIRA; ARAÚJO, 2016, p. 276-281)³⁷.

37 Uma forma de construir esse raciocínio envolve, segundo Nestor Pedro Sagüés (2014, p. 25), as operações: (a) *seleção de interpretações*, preferindo aquelas interpretações compatíveis com a CADH e a jurisprudência da Corte IDH, descartando as incompatíveis com esses parâmetros; (b) *construção de interpretações*, por meio de interpretações do direito nacional quando é adicionado ou extraído conteúdo de uma norma constitucional ou infraconstitucional para torná-lo compatível com o CADH e jurisprudência da Corte IDH. Ezequiel Malarino (2011, p. 452-455) sustenta que não existe um dever de seguir a jurisprudência dos órgãos interamericanos, mas pondera se seria possível de estabelecer no sistema jurídico examinado (no caso, argentino), pelo menos, um dever dos tribunais nacionais de *ter consideração* essa jurisprudência. Se tal dever fosse afirmado, o autor propõe um modelo de exame, ordenado em quatro níveis e destinado a controlar racionalmente esse dever: (a) *identificação de jurisprudência*: verificar se há jurisprudência da Corte IDH em uma disposição da CADH relevante para a solução do problema; (b) *identificação da doutrina da jurisprudência*: identificar qual é a doutrina a ser extraída do julgamento; (c) *aplicabilidade da doutrina ao caso específico*: examinar cuidadosamente se a doutrina extraída da jurisprudência ou decisão dos órgãos interamericanos é aplicável ao caso específico; (d) *compatibilidade da doutrina aplicável com o ordenamento jurídico constitucional*: examinar se o direito constitucional não se opõe à aplicação da doutrina derivada da jurisprudência do órgão internacional competente.

Extrínsecamente, a fundamentação do julgado nacional reverbera no plano internacional: o exercício do controle de convencionalidade realizado por órgãos jurisdicionais no Brasil acarreta a produção de um discurso sobre os conteúdos dos documentos internacionais que integram os sistemas de proteção de direitos humanos.

Sergio García Ramírez (2011, p. 127-132) afirma que a recepção nacional, sistemática e organizada da ordem jurídica convencional internacional contribui para garantir a primazia da ordem jurídica internacional dos direitos humanos, assim como a construção e consolidação desse sistema neste assunto com harmonização da ordem regional interamericana. E salienta que o controle da convencionalidade, implantado seriamente com qualidade, competência e sucesso, favorece e fertiliza o diálogo jurisprudencial (ou jurisdicional) nacional e internacional. Contribui para erigir, detalhar, enriquecer e promover a cultura jurídica comum, de acordo com o projeto que favorece o humano. A dupla composição (nacional e internacional) do estatuto contemporâneo dos direitos humanos fundamentais e a eficácia dos atos estruturam ideia e a prática do controle da convencionalidade.

Esses são alguns apontamentos que devem ser considerados para pensar um modelo normativo decisório para a redação e solução de casos envolvendo o controle de convencionalidade.

Quando não houver fundamentação ou esta for deficiente, será impossível dizer se um juiz “errou” na aplicação do tratado internacional. A mera análise sobre dispositivos correspondentes na CF de 1988 nos tratados internacionais não representa fundamentação adequada. Implica a falta de realização do controle de convencionalidade e de diálogo com a jurisprudência da Corte IDH invocada. E, para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma completa e clara, há de se permitir a interposição dos embargos de declaração (arts. 994, IV e 1.022 a 1.026, do CPC)³⁸, que, como é cediço, não se destinam a reapreciação do julgado impugnado³⁹.

Do mesmo modo, a mera referência ao tratado internacional agregada à opinião do julgador, sem externar outros elementos de conexão com o ordenamento estrangeiro ou a jurisprudência da Corte Internacional, não proporciona fundamentação adequada, estando em desacordo com o art. 489 do CPC, que consagra um “*standart* de fundamentação das decisões judiciais num nível *máximo*” (MARANHÃO, 2016, p. 102-104).

Dessa forma, o controle de convencionalidade não se limita a uma questão puramente semântica como afirmado por parcela da doutrina. Assimilá-lo tem impacto prático no resultado final do exame e argumentação de validade da norma interna, assim como na fundamentação, que associada à publicidade, muito contribui para um *processo accountable*. Agregadas aos aspectos apresentados ao longo desse estudo, as particularidades aqui apresentadas na formação do provimento decisório justificam proclamar uma forma distinta de controle, almejando sua positivação na legislação processual.

38 Conforme decisão da 3ª Câmara de Direito Público do TJSP nos embargos de declaração cível nº 1016019-17.2014.8.26.0053, em 14/12/2020, os “direitos previstos na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e apresentados pela Defensoria Pública, já possuem os seus equivalentes na Constituição Federal de 1988 e foram adequadamente analisados pelo v. Acórdão embargado. Por essa razão, não foi realizado o controle de convencionalidade como pretendido”.

39 Nos embargos de declaração nº 0373081-71.2012.8.05.0001/50000, a relatora Des.ª Heloisa Pinto de Freitas Vieira Graddi do TJBA afirmou: “Em verdade, o acórdão embargado apresentou fundamentação correlata com a matéria apreciada e suficiente, sobretudo os motivos pelos quais reformou a sentença, reconhecendo o direito à gratuidade do transporte urbano à pessoa com dificuldade de locomoção, dando uma interpretação conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos. Ao decidir de acordo com a Convenção, o Tribunal não violou a Súmula Vinculante nº 10 do STF, pois não realizou controle de constitucionalidade, como quer fazer crer o Embargante. O Acórdão embargado não afastou a aplicação de norma declarada constitucional, apenas ampliou o conceito de deficiente, em juízo de convencionalidade”.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS: OUTRO OLHAR EM DIREÇÃO AO PROCESSO “CONVENCIONALIZADO”

A interpenetração das normas internacionais de direitos humanos e da normativa nacional vem a influenciar de maneira significativa o Estado-juiz exercer a sua atividade-fim. Direitos de índole processual assegurados em tratados internacionais de direitos humanos, assinados e ratificados pelo Brasil, demonstram a repercussão sobre o direito processual civil, dentro da qual parcela da doutrina brasileira procura evidenciar a importância dos diplomas convencionais como fontes desse ramo da ciência jurídica⁴⁰.

Sob outro modo, inadmissível estudar o processo civil brasileiro longe das compreensões advindas dos escritos relativamente ao controle de convencionalidade no país. As questões no processo recebem alguma significação conforme as normas convencionais de proteção aos direitos humanos por intermédio do controle de convencionalidade, sejam elas de natureza material ou processual (CORRÊA, 2020, p. 200 e 201).

A conformidade com os tratados determina o modo de desempenho da função jurisdicional e o produto da adjudicação, mas acima de tudo envolve a estruturação dos procedimentos e da própria organização judiciária que ganha significação especial. O art. 2º da CADH prevê a obrigação de cada Estado Parte de adaptar seu direito interno, mediante adoção de medidas legislativas ou de *outra natureza* consideradas necessárias e eficazes para o exercício de direitos e liberdade fundamentais, ou seja, para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido no ordenamento jurídico interno (ALCALÁ, 2013, p. 515)⁴¹.

Inúmeros países vêm assimilando, diretamente em seus ordenamentos internos ou por intermédio de tratados internacionais, que a própria proteção jurídica do direito é um direito inalienável do ser humano. O processo sem dilações indevidas e dotado de garantias judiciais encontra matriz na CF de 1988 (art. 5º, LIII, LIV, LV, LVI, LX e LXXVIII), no CPC 2015 (arts. 4º, 7º, 9º e 11), assim como no art. 8 da CADH⁴², destacando que esse último consagra o direito de a pessoa *ser ouvida*, com as *devidas garantias* e dentro de um *prazo razoável*, por um órgão jurisdicional com *competência, independência e imparcialidade*, pré-estabelecido *por lei* para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza *civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*.

Na seara doméstica, o art. 1º do CPC apresenta-se como norma fundamental que idealiza esse protótipo do processo civil pátrio e serve de orientação para compreensão das normas processuais civis. Exalta que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição. Esta contém, por

40 “Deve ser garantida à criança, por exemplo, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial que a afete, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado (art. 12, 2, Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança). O direito a ser ouvido pelo órgão judicial competente, em prazo razoável, também não pode se restringir ao âmbito penal e deve ser estendido ao processo civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza [...]” (FONSÊCA, 2011, p. 35-54). Humberto Dalla Bernadina de Pinho (2020, p. 64) identifica os tratados internacionais dentre as fontes formais do direito processual.

41 A corroborar o exposto acima, a Corte IDH proclamou no Caso *Radilla Pacheco vs. México*: “Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención”. (Corte IDH, 2009, p. 26).

42 Outrossim pode ser mencionado o art. 6.1 da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950.

sua vez, uma cláusula aberta de direitos fundamentais que internaliza tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Com isso, a ressalva de disposições específicas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte prevista no art. 13 do CPC não deve ser assimilada no sentido de excluir as normas processuais. Há de se ter em conta sua inserção entre as fontes do direito processual civil, com atuação associada e complementar na aplicação das normas.

Essa combinação envolvendo os tratados internacionais e precedentes da Corte IDH pode determinar o entendimento acerca das regras de processo e até mesmo colocá-las em xeque. Por exemplo, o art. 554, §§ 1º e 2º congrega nova disciplina inexistente no CPC 1973 para a citação nas ações possessórias ligadas à conflitos fundiários. Depreende-se da literatura existente sobre o assunto que a citação por edital, sem o esgotamento das possibilidades de identificação e posterior citação pessoal dos ocupantes, não guarda compatibilidade com o art. 8.1 da CADH que garante a parte ser ouvida em juízo. Após citar o Caso *Loayza Tamayo vs Perú*, os teóricos acrescentam que a defesa por curador especial dos ocupantes (citados por edital) nos moldes do art. 72, II, do CPC também se mostra inadequado, na medida em que viola a garantia judicial de escolha do próprio defensor (art. 8.2.d da CADH), conforme decidido pela Corte IDH no Caso *Comunidade Indígena Yakye Axa vs Paraguai*. Revelam-se, assim, cruciais a tentativa inicial de identificação dos ocupantes e posterior citação pessoal, postura essa mais adequada à efetivação no caso concreto das garantias processuais insculpidas na Convenção (CUNHA, R.; CUNHA, A., 2016, p. 159-186).

Outro exemplo: o acesso à justiça é referido pela Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), ao mencionar a provisão de “adaptações processuais adequadas à idade” (art. 13). No mandado de injunção nº 6551/SP, o STF deliberou no sentido de que a norma convencional não gera o dever de legislar sobre direito processual atinente ao foro competente para a causa, ou seja, não se impõe qualquer adaptação processual relativa à fixação da competência territorial em benefício da pessoa com deficiência.

A despeito da impossibilidade de alteração da competência firmada pela Corte Suprema, importante destacar a viabilidade de se realizar outras adaptações processuais voltadas a assegurar a igualdade da pessoa com deficiência no exercício de seus direitos fundamentais, sem violar o princípio do juiz natural, com emprego dos meios eletrônicos e de instrumentos de comunicação previstos no CPC, como já decidiu o TJMG⁴³.

Admite-se ainda que decisões transitadas em julgado e submetidas à autoridade da coisa julgada possam ser revistas não apenas com base de impugnação de sentença inconstitucional ou ação rescisória, como também por meio de denúncia de violação à CADH ou não observância de precedente vinculante proveniente da Corte IDH. Embora não constitua o único instrumento para rediscutir a coisa julgada no direito brasileiro, o inciso V do art. 966 prevê o cabimento da ação rescisória, caso o julgado rescindendo ofenda *manifestamente norma*

43 Depreende-se do agravo de instrumento nº 1.0000.20.046951-8/002 julgado pelo TJMG em 27/08/2020 que a pessoa possuía paralisia cerebral grave desde o nascimento, com tetraplegia espástica e microcefalia não seria capaz de se deslocar até outra comarca para a realização de qualquer ato processual. Para a 8ª Câmara Cível, devido à utilização do processo judicial eletrônico, não haveria problema para o petiçãoamento à distância pelo advogado da agravante ou a realização de produção de prova documental. Contudo, “a realização de qualquer ato que exija a presença da autora, como a produção de prova pericial ou a realização de audiências, deve ser deprecada para o seu domicílio, a fim de garantir seu direito constitucional de acesso à justiça”.

jurídica. A disposição atual apresenta-se de forma mais adequada⁴⁴, considerando que existem normas jurídicas revestidas de lei em sentido formal. Para além da legalidade, a intenção do legislador é proteger a juridicidade, compreendendo a harmonia e conformidade do ordenamento jurídico como um todo. Consequentemente, a ação rescisória pode ser manejada quando houver ofensa à Constituição, lei ou mesmo contra outros atos normativos, inclusive os de natureza convencional.

Adicionalmente, a aferição de conformidade com os tratados de direitos humanos pode acarretar efeito bloqueador da legislação infraconstitucional incompatível com suas disposições, inibindo a eficácia normativa, tal qual ocorreu com a prisão civil do depositário infiel⁴⁵, assim como incentivar a criação de regras de índole processual voltadas a uma efetiva tutela de direitos.

No plano da competência jurisdicional, pode ser destacado o fato de que a EC nº 45/04 introduziu o inciso V-A e § 5º no art. 109, investindo os juízes federais de competência para julgar as causas relativas a direitos humanos por meio do instrumento previsto no § 5º que possibilita à União Federal fazer cumprir obrigações internacionais de defesa de direitos humanos. No caso de inadimplência de obrigações internacionais de direitos humanos pelos juízes estaduais, o Procurador-Geral da República poderá requerer ao STJ o deslocamento do feito para a Justiça Federal, em qualquer etapa processual, inclusive no âmbito da *jurisdição civil*, inexistindo ofensas ao devido processo legal e juiz natural (RAMOS, 2009, p. 278-280).

A noção de devido processo legal, aclamada no inciso LIV do art. 5º da CF, congrega diversos direitos processuais acolhidos nas convenções internacionais que veiculam direitos humanos. Conduz às zonas autônomas e interseção de proteção previstas nos atos normativos, incluindo a Constituição Federal e os tratados internacionais, conformando processo e sua estrutura, submetendo-os à fiscalização e ao controle. Ao mesmo tempo em que serve como campo destinado à salvaguarda dos direitos humanos, o próprio processo é “convencionalizado”, nutrido por garantias processuais e pensado para tutela de direitos, decorrendo o *devido processo convencional* como uma das faces do estudo do controle de convencionalidade (SILVA, 2016, p. 55-78; CORRÊA, 2020, p. 193-200)⁴⁶. O procedimento deve ser desenhado de acordo com os ditames não apenas do Texto Constitucional e normatividade interna, mas também as garantias insculpidas nos tratados⁴⁷, de forma a proporcionar a efetiva proteção e avanço dos direitos humanos e concomitantemente controlar a atividade jurisdicional⁴⁸.

44 Referido inciso apresenta redação distinta daquela constante do inciso V do art. 485 do CPC 1973, que previa o cabimento da ação rescisória quando a sentença de mérito transitada em julgado violasse literal disposição de lei, o que acarretava divergências entre os autores a respeito do alcance.

45 Diz a súmula vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

46 A expressão (*devido*) *processo convencional* também é empregada para designar situações processuais inconfundíveis com a utilizada neste estudo, tal qual a possibilidade de negociação processual, fundada na autonomia negocial entre os sujeitos litigantes (art. 190 do CPC), ou o processo cujos autos são impressos em papel, isto é, autos não eletrônicos (art. 439 do CPC).

47 A garantia do devido processo não se circunscreve ao âmbito criminal, sendo aplicável aos procedimentos de índole fiscal, administrativo, trabalhista, civil etc. O art. 8.2 da CADH aplica-se a quaisquer procedimentos estatais, dentre os quais, o direito a um tradutor ou intérprete (art. 8.2.a), a concessão de tempo e meios adequados para defesa (art. 8.2.c), o direito à autodefesa ou à defesa técnica (art. 8.2.d) e o direito a recorrer das decisões (art. 8.2.h). Nesse sentido: PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019.

48 O devido processo é “o constitucional e convencional, o justo processo, muito além da normatividade ordinária”. Ao fornecer a tutela jurisdicional efetiva e uma decisão a ele ajustada, é o processo capaz de, formal e materialmente, assegurar e proteger os direitos humanos e fundamentais, com base na teia de garantias decorrentes da interação das normatividades convencional, constitucional e legal; diálogo doutrinário e jurisprudencial doméstico e internacional; comunicação entre as Cortes e decisões judiciais, na linha da compreensão e responsabilidade (GIACOMOLLI, 2016, p. 95-101).

O desrespeito de garantias processuais dos cidadãos em razão de demora não razoável de processo judicial, a ausência de recursos judiciais efetivos e idôneos para combater eventual lesão de direitos ou a falta de órgão judicial independente acarreta condenações aos Estados Partes, consoante exemplos extraídos da jurisprudência da Corte IDH⁴⁹.

Último aspecto a ser destacado diz respeito à perspectiva organizacional, na qual a estrutura judiciária deve ser amoldada para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional. Emprego de métodos consensuais como alternativa à judicialização, quadro de servidores e magistrados capacitados⁵⁰, mapeamento das demandas para garantir preferência de julgamento e outras medidas contribuem para dar atendimento aos direitos humanos proclamados em diversos tratados internacionais⁵¹. O inciso I do art. 96 da CF investe os tribunais a possibilidade de, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispor sobre a competência e o funcionamento de seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos.

Desse modo, o controle de convencionalidade serve fonte de inspiração para pensar e repensar os procedimentos e as normas que os regulam, mas também a estrutura judiciária. Os atos processuais, em si ou sucessivamente encadeados por meio de procedimentos, merecem uma significação especial e manejo de instrumentos adequados conforme a CADH que pode ser absorvida no espaço de autonomia do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 42, n. 268, p. 569-584, jun. 2017.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. *Revista de Derecho Político*, n. 93, p. 321-381, maio/ago. 2015.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, ano XIX, p. 511-553, 2013.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários ao novo código de processo civil*, vol. V: arts. 330 ao 388. Curitiba: Juruá, 2015.

BAHIA. Tribunal de Justiça (4ª Câmara Cível). Embargos de Declaração 0373081-71.2012.8.05.0001/50000. Relatora: Des.ª Heloisa Pinto de Freitas Vieira Graddi, j. em 20/06/2017, publicação em 21/06/2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça (1ª Câmara Cível). Apelação 0119131-39.2009.8.05.0001. Relatora: Des.ª Pilar Celia Tobio de Claro, j. em 09/12/2013, publicação em 18/12/2013.

49 Cita-se, por exemplo, a decisão proferida pela Corte IDH no Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*.

50 A capacitação dos agentes públicos é uma medida importante para promover a proteção e evitar repetição dos eventos que geraram violações aos direitos humanos, conforme declarou a Corte IDH no Caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador* (2015, p. 64).

51 Um exemplo é o Grupo de Trabalho Observatório dos Direitos Humanos do Poder Judiciário, instituído no âmbito do CNJ, com o objetivo de subsidiar a atuação na efetivação dos direitos humanos e fundamentais no âmbito dos serviços judiciários, nos termos Portaria nº 190/2020. Mais recentemente, o CNJ editou a recomendação (nº 123/2022) para que os órgãos do Poder Judiciário brasileiro observem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte IDH, bem como assegurem a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). REsp 1123156/MG. Relator: Min. Castro Meira, j. em 09/02/2010, DJe 24/02/2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). REsp 1640084/SP. Relator: Min. Ribeiro Dantas, j. em 15/12/2016, DJe 01/02/2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). HC 379.269/MS. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. em 24/5/2017, DJe de 30/6/2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). AgRg no REsp 1577745/MG. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 27/02/2018, DJe 09/03/2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). REsp 1798903/RJ. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 25/09/2019, DJe 30/10/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). AgInt no REsp 1704452/SC, Relator: Min. Og Fernandes, j. em 10/03/2020, DJe 19/03/2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). AgRg no AREsp 1648236/SP, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 01/06/2021, DJe 08/06/2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). AgRg no RHC 136961/RJ, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 15/06/2021, DJe 21/06/2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 466343. Relator: Min. Cezar Peluso, j. em 03/12/2008, Repercussão Geral - Mérito DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). RMS 32732 AgR. Relator: Min. Celso de Mello, j. em 03/06/2014, DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014 RTJ VOL-00228-01 PP-00466.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 6551/SP. Relator: Min. Luiz Fux, j. em 22/02/2016, DJe-035 DIVULG 24/02/2016 PUBLIC 25/02/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). AO 2236 ED. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em 22/09/2017, DJe-227 DIVULG 03-10-2017 PUBLIC 04-10-2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). HC 141949. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em 13/03/2018, DJe-077 DIVULG 20-04-2018 PUBLIC 23-04-2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 3357. Relator: Min. Ayres Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, j. em 30/11/2017, DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF 496. Relator: Min. Roberto Barroso, j. em 22/06/2020, DJe-235 DIVULG 23-09-2020 PUBLIC 24-09-2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 10. Sessão plenária de 18/06/2008. DJe nº 117 de 27/6/2008, p. 1. DOU de 27/6/2008, p. 1.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 25. Sessão plenária de 16/12/2009. DJe nº 238 de 23/12/2009, p. 1. DOU de 23/12/2009, p. 1.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil, vol. 2: arts. 318 a 538*. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.
- CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Juiz constitucional e diálogo jurisdicional multinível: a experiência chilena. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 61-89, jan./abr. 2019.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Prova do direito estrangeiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Direito internacional privado: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2012. p. 869-894 (Coleção Doutrinas essenciais: direito internacional, vol. IV).
- CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 39, n. 232, p. 363-392, jun. 2014.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Devido processo convencional: o processo penal como objeto e instrumento de convencionalização no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos; RODRIGUES, Domingos Benedetti; DURIGON, Luís Gustavo; BRUTTI, Tiago Anderson (Orgs.). *Cidadania, democracia e direitos humanos*, vol. II. Cruz Alta: Ilustração, 2020. p. 193-214.

CUNHA, Rogerio de Vidal; CUNHA, Ana Paula Bello. Da necessidade de harmonização do art. 554, §§ 1.º e 2.º do novo CPC brasileiro (Lei federal 13.105/2015) com as garantias processuais do Pacto Interamericano de Direitos Humanos: do necessário controle de convencionalidade. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, vol. 3, p. 159-186, jun./nov. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2009.

ELLIS III, T.S. Sealing, judicial transparency and judicial independence, *Villanova Law Review*, Villanova, vol. 53, n. 5, p. 939-950, 2008.

FELTER, Edwin L. Accountability in the Administrative Law Judiciary: the right and wrong kind. *Denver University Law Review*, Denver, vol. 86, n. 1, p. 1-37, 2008.

FOLLESDAL, Andreas. Appreciating the margin of appreciation. In: ETINSON, Adam (ed.). *Human Rights: Moral or Political?* Reino Unido: Oxford University Press, 2018. p. 269-294.

FONSÊCA, Vitor Moreira da. Os tratados de direitos humanos como fontes do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 36, n. 194, p. 35-54, abr. 2011.

FONSÊCA, Vitor Moreira da. *Processo civil e direitos humanos: o controle de convencionalidade no processo civil*. 194 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Art. 376. In: Alvim, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração: democracia e MERCOSUL (a construção de uma tese). *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*, Belo Horizonte, ano 24, n. 52, p. 231-245, abr./ jun. 2013.

GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luis Alexandre Carta. Controle de constitucionalidade e os processos de integração: Mercosul. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 159-168, jan./mar. 2014.

GOMES, Eduardo Biacchi; ZANCHI, Deborah Maria. O controle de convencionalidade como instrumento de proteção aos direitos sociais: desdobramentos da Convenção nº 158 da OIT. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, vol. 45, n. 144, p. 207-253, jun. 2018.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. *Controle de convencionalidade no Poder Judiciário: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2018.

GUERRA, Sidney. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o controle de convencionalidade. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Jurisdição constitucional e liberdades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 393-405.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, vol. 12, n. 2, p. 589-610, jul./dez. 2015.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Santiago, *Estudios Constitucionales*, vol. 7, n. 2, p. 109-128, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2017.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Art. 376 do CPC 2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control de difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, Santiago, ano 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ESLNER, Gisela (Org.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, tomo II*. Berlin: Konard Adenauer, 2011. p. 435-455.

MARANHÃO, Clayton. O dever constitucional da fundamentação da sentença e o novo código de processo civil brasileiro de 2015: estudo de caso a respeito dos precedentes judiciais em matéria constitucional e o padrão máximo de fundamentação no direito brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, ano 10, vol. 7, n. 2, p. 101-119, jul./dez. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Cível). Apelação Cível 1.0000.21.009582-4/001. Relatora: Des.^a Áurea Brasil, j. em 01/07/2021, publicação da súmula em 04/07/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Cível). Apelação Cível 1.0000.21.024516-3/001. Relatora: Des.^a Áurea Brasil, j. em 01/07/2021, publicação da súmula em 02/07/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Cível). Apelação Cível 1.0000.20.588544-5/001. Relatora: Des.^a Áurea Brasil, j. em 04/03/2021, publicação da súmula em 06/03/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Cível). Apelação Cível 1.0000.20.511560-3/001. Relator: Des. Wander Marotta, j. em 29/10/2020, publicação da súmula em 03/11/2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.046951-8/002. Relator Juiz Convocado Fábio Torres de Sousa, j. em 27/08/2020, publicação da súmula em 31/08/2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Cível). Apelação Cível 1.0000.20.079223-2/001. Relator: Des. Wander Marotta, j. em 13/08/2020, publicação da súmula em 14/08/2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Cível). Apelação Cível 1.0024.14.165381-6/001. Relator: Des. Wander Marotta, j. em 07/02/2019, publicação da súmula em 12/02/2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Cível). Apelação Cível 1.0000.18.019771-7/001, Relator: Des. Gilson Soares Lemes, j. em 27/07/2018, publicação da súmula em 30/07/2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (Órgão Especial). Arguição de Inconstitucionalidade 1.0000.17.034419-6/002. Relatora: Des.^a Márcia Milanez, j. em 14/03/2018, publicação da súmula em 23/03/2018.

MITIDIERO, Daniel. Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada. In: MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

OAE. Organização dos Estados Americanos. Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Resolución de La Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. A prova do direito estrangeiro e sua aplicabilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 10, n. 39, p. 276-284, jul./set. 1985.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. *German Law Journal*, Frankfurt, vol. 20, n. 2, p. 245-262, 2019.

RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla*, México, ano V, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.

ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. O controle de convencionalidade difuso de ofício e a vedação das decisões-surpresa. *Espaço Jurídico Journal of Law - EJJL*, Joaçaba, vol. 20, n. 2, p. 317-336, jul./dez. 2019.

RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. São Paulo: Atlas, 2017.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, ano 1, n. 3, p. 1745- 1826, 2012.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, mai./ago. 2014.

SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*, Belo Horizonte, ano 24, n. 66, p. 267-282, out./dez. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (6ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível 1006448-04.2015.8.26.0565, Relatora: Cristina Medina Mogioni, j. 27/01/2020, data de registro: 27/01/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (3ª Câmara de Direito Público). Embargos de Declaração Cível 1016019-17.2014.8.26.0053. Relator: Maurício Fiorito, j. em 14/12/2020, data de registro: 15/12/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (10ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível 1000449-02.2017.8.26.0565. Relator: J.B. Paula Lima, j. em 21/01/2021, data de registro: 21/01/2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (7ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível 1008623-63.2018.8.26.0565. Relatora: Mary Grün, j. em 02/02/2021, data de registro: 02/02/2021.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 37, n. 208, p. 61-89, jun. 2012.

SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 41, n. 259, p. 55-78, set. 2016.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 17/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 16/05/2022
- Avaliação 2: 07/08/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2022
- Retorno rodada de correções: 15/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 21/08/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TÉCNICAS DE DECISÃO NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS: O MODELO BRASILEIRO

BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT TECHNIQUE DECISIONS
IN ABSTRACT CONTROL OF NORMS: THE BRAZILIAN MODEL

OTÁVIO MARTINEZ ISAQUIEL FERREIRA¹
ELIANA FRANCO NEME²

RESUMO

Pelo método dedutivo, o autor alia a jurisprudência atualizada do Supremo Tribunal Federal e as preleções doutrinárias, de modo a oferecer apresentação panorâmica do sistema misto de controle de constitucionalidade erigido no Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988. Ademais, partindo da premissa de que as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade possuem o condão de produzir impactantes efeitos no plano ontológico, inclusive aptos a originarem situações de inconstitucionalidade, o artigo expõe as principais técnicas de decisão judicial adotadas como alternativas viáveis de dosagem à potencialidade de eventuais declarações de invalidade dos atos normativos. Ao cabo, apresenta posição conclusiva, que salienta a relevância da distribuição constitucional de responsabilidade pelo controle, seja preventivo ou repressivo, não adstrito à esfera judicial, mas que abarca as instâncias políticas pela consonância da legislação elaborada ao Texto Fundamental.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Técnicas de julgamento; Supremacia da Constituição

ABSTRACT

Using the deductive method, the author combines the updated jurisprudence of Supremo Tribunal Federal and the doctrinal lectures, in order to offer a panoramic presentation of the mixed system of judicial review erected in Brazil since the promulgation of the 1988 Constitution. Furthermore, based on the premise that decisions rendered in the context of judicial review have the power to produce impacting effects at the ontological level, including being able to give rise to situations of unconstitutionality, the article exposes the main techniques of

- 1 Mestrando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos); Corregedor do Município de Sorocaba; Advogado formado pela Faculdade de Direito de Sorocaba - FADI (inscrição nº 463.121); Palestrante voluntário de temas voltados à cidadania e ao Direito Público; Aluno-monitor por dois anos consecutivos da matéria Política e Sociedade no Brasil, na Faculdade de Direito de Sorocaba. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/9236246257264048>.
- 2 Mestre e Doutora em Direito Constitucional. Professora Associada da Universidade de São Paulo - USP - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto na área de Direito Público com ênfase em direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Professora do Centro Universitário de Bauru, no Centro de Pós-Graduação em Direito, Cursos de Mestrado e Doutorado incluídos na área de concentração: "Sistema Constitucional de Garantia de Direitos". ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4429-404X>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

FERREIRA, Otávio Martinez Isaquiel; NEME, Eliana Franco. Breves considerações sobre as técnicas de decisão no controle abstrato de normas: o modelo brasileiro. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 212-231, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.8927>.

judicial decision adopted as viable alternatives of dosage to the potential of eventual declarations of invalidity of the normative acts. In the end, it presents a conclusive position, which emphasizes the importance of the constitutional distribution of responsibility for control, whether preventive or repressive, not restricted to the judicial sphere, but which encompasses political instances in accordance with the legislation drawn up in the Fundamental Text.

Keywords: *Judicial review; Judgment techniques; Supremacy of the Constitution*

1. INTRODUÇÃO

A Constituição, coroada como norma máxima do sistema jurídico, comunica-se com todo o ordenamento que lhe é infraconstruído, servindo-lhe de supedâneo. Entretanto, não raro o Estado-legislador (aqui compreendido em acepção ampla) elabora atos normativos que tergiversam dos princípios e diretrizes impostas pela Carta Política, estando sujeitos à aferição de compatibilidade, usualmente conhecida como controle de constitucionalidade. É que a legislação, por mais nobre que aparente ser, somente subsistirá se dotada de validade, compreendida como observância à norma maior.

Todavia, ainda que inválido, e assim declarado pelo Poder Judiciário, os resultados de eventual decisão proferida no sentido da incompatibilidade do ato normativo poderão surtir efeitos no plano ontológico, capazes, até mesmo, de originar novas situações discrepantes dos propósitos constitucionais, pelo que a jurisprudência tem evoluído no sentido de construir-se alternativas viáveis em sede de controle que, sem reduzirem a potência suprema do Texto Fundamental, possibilitem resoluções menos traumáticas aos destinatários diretos e indiretos.

Dessa forma, apresentar-se-á panoramicamente a dinâmica procedimental do controle de constitucionalidade brasileiro erigido na vigência da Constituição de 1988, aliando, pelo método dedutivo, jurisprudências contemporâneas e vigentes do Supremo Tribunal Federal e preleções doutrinárias atinentes à temática, de modo a expor o sistema misto adotado pelo país, com ênfase às ações características do controle concentrado. Ao cabo, explorar-se-ão as principais técnicas decisórias adotadas para a resolução das questões de constitucionalidade submetidas ao Judiciário.

Por fim, expor-se-á posição conclusiva, que não olvidará da atribuição de responsabilidade distribuída pela Constituição não apenas aos órgãos judiciais, mas também políticos para, seja em sede preventiva, seja em repressiva, promoverem a salvaguarda da supremacia do Texto Fundamental em detrimento de todos os demais atos normativos que lhes sejam infrapositionados.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Constituição, assim entendida a norma hierarquicamente sobressalente a todo o sistema jurídico interno dum Estado e, concomitantemente, fundamento sobre o qual erigidas as bases estruturais da sociedade politicamente organizada, é, em termos principiológicos, dotada de

supremacia. Essa justaposição aos demais preceitos estatuídos somente adquire concreção efetiva quando, em cotejo com eles, firma sua prevalência e os torna inócuos.

É dizer, noutros termos, que os demais atos normativos e (não)decisões estatais devem sujeitar-se a mecanismo de verificação de compatibilidade com o Texto Maior, sempre que sobre eles houver dúvidas quanto à validade, de modo a dirimi-las e garantir-se a sobredita supremacia. A esse processo dá-se o nome de “Controle de Constitucionalidade”, justificado pela noção de que o ordenamento jurídico é uno e harmônico, nele não podendo subsistir normas dissonantes do máximo vetor hierárquico (a Constituição).

Como parâmetro para a referida aferição, a doutrina é assente no sentido de que “no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (bloco de constitucionalidade)” (MORAES, 2020, p. 1351). Nesse conceito, incluem-se o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos aos quais o Brasil tenha aderido e incorporado sob o rito do art. 5º, §3º da CRFB/88³, bem como se exclui o preâmbulo da Constituição. Isso porque, consoante preleção de Hans Kelsen, o preâmbulo

[...] é uma introdução solene, [...] que expressa as idéias políticas, morais e religiosas que a constituição pretende promover. Esse preâmbulo em geral não estipula quaisquer normas definidas para a conduta humana e, assim, carece de conteúdo juridicamente relevante. Ele tem antes um **caráter ideológico do que jurídico**. Normalmente, **se ele fosse suprimido, o teor real da constituição não seria modificado nem um pouco**. O preâmbulo serve para dar maior dignidade à constituição e, desse modo, maior eficácia. A invocação de Deus e declarações de que a justiça, a liberdade, a igualdade e o bem-estar público serão salvaguardados são típicos do preâmbulo. “grifo nosso” (KELSEN, 2000, p. 372)

Destarte, está sujeito ao controle de constitucionalidade todo o conjunto normativo infra-constitucional, bem como as normas constitucionais derivadas (aí incluídas as Emendas Constitucionais e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados sob o mesmo rito legislativo) no que tange à observância dos limites ao poder de reforma impostos pelas chamadas “cláusulas pétreas”. É dizer, noutros termos, que o texto fundamental produzido pelo Poder Constituinte Originário goza de presunção absoluta de constitucionalidade, enquanto os demais atos normativos de apenas relativa presunção.

Isso não implica, entretanto, a intuição de que haja quaisquer espécies de hierarquização entre as normas constitucionais. Consoante assevera Canotilho, essa

distinção só tem relevância para um efeito, que é para verificar se as normas derivadas estão ou não conformes com as normas constitucionais que regem a revisão, designadamente os limites materiais de revisão [...]. Verificado isso, as normas introduzidas regularmente pela revisão constitucional passam a fazer parte da Constituição, *no mesmo pé que as normas originárias*.

3 Art. 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A unidade normativa da Constituição implica a igualdade de todos os preceitos constitucionais, independentemente da sua origem, e exclui qualquer ideia de hierarquia ou de subordinação, seja com base na diferença de título (as normas originárias a prevalecerem sobre as normas derivadas), seja por causa do diferente tempo de produção (as normas posteriores a terem primazia sobre as anteriores). (1991, pp. 59-60). “grifo no original”

No que atine às hipóteses de inconstitucionalidade, tem-se que podem se dar em relação à íntegra textual do ato normativo cotejado ou apenas de parcela, podendo, dessa forma, eventual declaração de inconstitucionalidade adstringir-se a apenas uma palavra ou expressão, ao contrário do que ocorre na sistemática do veto presidencial (CRFB/88, § 2º, art. 66). Além disso, pode-se manifestá-la por ação ou omissão, isto é, seja pelo agir comissivo do Poder Público ou por sua inércia letárgica ao adotar as medidas necessárias à concretização do Texto Fundamental. Outrossim, há que se aludir às inconstitucionalidades nomodinâmica (usualmente denominada “formal”) e nomoestática (conhecida como “material”); a primeira manifesta-se na incompatibilidade do ato normativo com o rito procedimental para sua confecção estatuído pela Constituição, enquanto a segunda na inobservância dos princípios e regras constitucionais.

2.1 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário se dá, basicamente, por três sistemas principais, quais sejam: o difuso, o concentrado e o misto.

O primeiro, também chamado de “norte-americano” (em decorrência do caso emblemático “Marbury vs. Madison”, ocorrido em 1803) “assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1058). Noutro giro, o controle concentrado (também mencionado como “austríaco” ou “europeu”) caracteriza-se, essencialmente, pela “atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1057).

O Brasil, por seu turno, adota modelo misto de controle, vez que a constitucionalidade dos atos normativos pode ser aferida tanto em sede de demandas essencialmente subjetivas (hipóteses em que, no caso concreto e em caráter incidental, o magistrado se pronunciará quanto à validade da norma) quanto objetivas (ocasiões em que o ato normativo será impugnado *per se*, isto é, pela via principal da ação).

Quando em sede de controle difuso de constitucionalidade, os efeitos da decisão jurisdicional repercutirão exclusivamente *inter partes* e qualquer dos envolvidos poderá suscitar a questão no processo. A legitimidade *ad causam* do controle concentrado, por seu turno, é restritivamente estabelecida pela Constituição (BRASIL, 1988):

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

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ademais, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, possuem efeito vinculativo e eficácia *erga omnes* (art. 102, § 2º da CRFB). Pondera-se, ainda, que, diferentemente do controle difuso, as ações do controle concentrado de constitucionalidade somente podem ser ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a) c/c o § 1º do mesmo artigo da CRFB).

Obtemperem-se, também, que nada obsta à Corte máxima do Judiciário brasileiro a apreciação de eventual questão de constitucionalidade em sede de controle difuso, seja pela via recursal, seja nas hipóteses de sua competência originária (excluídas, por óbvio, aquelas atinentes ao controle concentrado). Nesse caso, deverá o Tribunal cientificar o Senado Federal a respeito de eventual declaração de inconstitucionalidade para que, no exercício discricionário e independente de suas funções institucionais precípuas, e entendendo pertinente, suspenda, mediante Resolução, com efeito *erga omnes*, a eficácia total ou parcial do ato impugnado.⁴

2.2 AS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Conquanto no controle difuso seja incidental a suscitação de eventual inconstitucionalidade, consoante sobredito, no controle concentrado as ações são específicas e com escopo delimitado pela Constituição e pelas Leis nº 9868/99 e nº 9882/99, quais sejam: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI interventiva) e a Representação de Inconstitucionalidade Estadual (RI).

Assim dispõe a Constituição da República (BRASIL, 1988):

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a **ação direta de inconstitucionalidade** de lei ou ato normativo federal ou estadual e a **ação declaratória de constitucionalidade** de lei ou ato normativo federal; "grifo nosso"

Enquanto a ADI buscará a invalidez do ato normativo impugnado, a ADC, em sentido diametralmente oposto, tencionará o reforço de sua sustentação no ordenamento mediante a declaração definitiva do STF quanto à compatibilidade constitucional. Ademais, o Texto Fun-

4 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (CRFB/88).

damental estabelece, de antemão, que, enquanto a primeira poderá versar a respeito de norma federal ou estadual, a segunda adstringir-se-á à federal. Indique-se, entretanto, que ambas as ações possuem natureza dúplice, isto é, os efeitos de eventual decisão desfavorável ao pleito da Inicial poderão a este se contrapor. É dizer: eventual declaração de inconstitucionalidade em sede de ADC poderá ser proferida e, por semelhante modo, de constitucionalidade em sede de ADI.

Além disso, a despeito de não haver tal exigência para a propositura da ADI, a Lei n° 9868/99, em respeito à presunção de constitucionalidade das leis, estipula como indispensável a demonstração de “controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória” (BRASIL, 1999a) para a propositura de ADC.

A ADO, por seu turno, busca sanar as omissões normativas perpetradas pelo Poder Público, seja na edição das normas primárias que disciplinem determinado comando constitucional, seja das secundárias que a elas sejam atinentes. É que, não raro, as autoridades responsáveis pela efetivação de ditames constitucionais permanecem inertes na elaboração de normas de regência que os regulamentem, configurando-se, assim, a chamada “omissão inconstitucional”.

Noutro giro, a ADPF configura-se no sistema concentrado de controle brasileiro como ação residual, nos termos do § 1° do art. 4° da Lei n° 9882/99, posto que “não será admitida [...] quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (BRASIL, 1999b). Exemplificativamente, servirá a medida à apreciação de leis municipais e de normas pré-constitucionais.

Quanto à legitimidade ativa (“*ad causam*”), o rol taxativo da Constituição⁵ para a propositura da ADI, ADC e ADO também rege a ADPF, por força do inciso I do artigo 2° da Lei n° 9882/99 (BRASIL, 1999b). Entretanto, há que se ponderar entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que subsistem no mencionado elenco duas categorias de legitimados, quais sejam, os universais e os especiais. O critério distintivo destes para com aqueles reside na necessidade de demonstração, para ajuizamento da ação, da chamada “pertinência temática”, isto é, do liame existente entre o teor do ato normativo questionado e o interesse institucional da parte suscitante. Serão especiais o Governador de Estado (ou do Distrito Federal) e a Mesa de Assembleia Legislativa (ou da Câmara Legislativa) (BRASIL, 2020a, p.5), bem como as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, devendo essas últimas, além da respectiva pertinência, evidenciar:

[...]

(ii) caracterização da requerente como entidade de classe ou sindical a partir da confirmação de que representante de categoria empresarial ou profissional [...];

(iii) abrangência ampla desse vínculo (representação), exigida da Entidade representação de toda a respectiva categoria e não apenas de fração dela [...];

(iv) caráter nacional da representatividade aferida pela demonstração da presença da entidade em pelo menos 9 (nove) estados brasileiros [...] (BRASIL, 2018a, p. 6).

Dessa forma, os demais legitimados serão considerados “universais”, prescindindo-se a demonstração da sobredita pertinência. Obtempere-se, ainda, que a representação exigida dos partidos políticos no Congresso Nacional atine ao momento de propositura da ação, bas-

5 Observe-se o item 2.1 deste artigo.

tando que haja ao menos um Deputado Federal ou Senador ostentador da bandeira partidária quando do ajuizamento. É dizer: a superveniência da perda da presença congressual no curso do processo não acarreta a extinção do feito sem resolução do mérito (BRASIL, 2004, p. 173).

Também denominada de Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual, a RI está prevista no § 2º do artigo 125 da CRFB/88, que deixa ao juízo dos estados-membros a delimitação dos legitimados ativos para sua propositura, sendo *conditio sine qua non* a não restrição a um único órgão dessa incumbência, bem como estipula como paradigma a Constituição Estadual e como objetos controlados os atos normativos estaduais e municipais (BRASIL, 1988).

Há hipóteses fáticas em que, pelas mais variadas circunstâncias, a estabilidade nacional, regional ou local constitucionalmente estabelecida é ameaçada, pelo que, antecipando-se, o próprio Texto Fundamental autoriza a intervenção dum ente sobre outro em detrimento da autonomia ordinariamente pré-estabelecida. São as chamadas “Intervenção Federal” – da União nos Estados ou Distrito Federal, ou da União nos municípios dos Territórios – e “Intervenção Estadual” – dos Estados nos municípios situados em sua circunscrição territorial –, que podem ser provocadas ou espontâneas. Dentre as hipóteses de provocação, há a ADI interventiva, promovida pelo Procurador Geral de Justiça, perante o Tribunal de Justiça do respectivo estado-membro com vistas a “assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual [...]” (BRASIL, 1988), ou pelo Procurador Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal⁶, a fim de salvaguardar a obediência aos denominados “princípios constitucionais sensíveis”, quais sejam:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (BRASIL, 1988).

Relevante trazer-se à baila, ainda, que os municípios brasileiros “não dispõem de poder constituinte derivado decorrente” (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 83), posto que a “elaboração de suas Leis Orgânicas é condicionada à observância não só da Constituição Federal, mas também da Constituição do respectivo estado-membro [...]” (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 83). Destarte as Leis Orgânicas, à exceção da Lei Orgânica do Distrito Federal – que possui natureza de Constituição Estadual (BRASIL, 2008a, p. 1512) –, não se prestam à parametrização do controle de constitucionalidade, senão de legalidade. Portanto, celeumas promanadas de eventuais conflitos entre a legislação municipal e a Lei Orgânica de determinado município não de ser solucionadas casuisticamente, em caráter difuso, pelo Poder Judiciário.

2.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO X MANDADO DE INJUNÇÃO

Embora a ADO e o Mandado de Injunção se prestem a solucionar a problemática derivada de omissões normativas, as ações não se confundem. Isso porque, por sua própria natureza distinguem-se. É que enquanto a primeira é ação típica do controle concentrado de constitucionalidade, inauguradora dum processo objetivo, a segunda é garantia constitucional tencionada a, num processo subjetivo, garantir a efetividade de direitos de partes delimitadas.

Ademais, o próprio rol de legitimados ativos para propositura da ADO não se imiscui com os do Mandado de Injunção, seja na modalidade individual ou coletiva (BRASIL, 2016). Outrossim, enquanto o remédio servirá à “[...] falta de norma regulamentadora [que] torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988), a ADO se prestará a quaisquer ausências de regulamentação normativa, nesta noção abarcadas as hipóteses de concessão do Mandado de Injunção.

2.4 A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (*FULL BENCH*)

Prevê a Constituição, em seu artigo 97, que “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” (BRASIL, 1988). Estatui-se aí o chamado princípio da reserva de plenário que, reverenciando o princípio da colegialidade, reserva ao Pleno do Tribunal ou ao órgão especial o poder de declarar inconstitucional determinado ato normativo. Destarte, aplicar-se-á a toda a estrutura do Poder Judiciário a referida cláusula, à exceção, por óbvio, dos juízes singulares em primeiro grau.

Na mesma esteira, sedimentou o Supremo Tribunal Federal, em sede de súmula vinculante, que

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. (BRASIL, 2008b)

Pertinente, ainda, à interpretação pretoriana dada à referida súmula (e, por via oblíqua, ao próprio dispositivo constitucional a que alude) trazer-se à baila que já se manifestou o STF no sentido de que não ocorrerá violação do entendimento vinculante se o órgão fracionário de determinado tribunal, não por entender – ainda que implicitamente – inconstitucional dado ato normativo, mas por vislumbrá-lo inaplicável ao caso concreto, decidir o feito com base em legislação distinta da indicada na Inicial (BRASIL, 2013, p. 1). Além disso, o fato de o órgão fracionário atribuir determinado sentido à norma legal à luz do Texto Fundamental configura mero exercício institucional típico da atividade jurisdicional, isto é, hermenêutico e, somado à inoportunidade de declaração de inconstitucionalidade na hipótese, mas a mera indicação norteadora do sentido da norma, de igual modo não haverá afronta à súmula vinculante n° 10 (BRASIL, 2016, p. 4).

Ademais, há que se ponderar que, nas hipóteses de revogação dum determinado ato normativo por incompatibilidade material com a Constituição que lhe suceda no tempo (fenômeno da não recepção), não há que se cogitar a aplicabilidade da sobredita súmula ou do artigo 97 da Carta Política, posto que, em verdade, não se estará defronte à inconstitucionalidade, senão de efetiva revogação, corolário da inadmissibilidade da Teoria da Inconstitucionalidade Superveniente na exegese nacional.

Noutro giro, obtempere-se que o Código de Processo Civil, com vistas a imprimir maior celeridade ao fluxo processual e a evitar a reiteração de submissões análogas ao Pleno dos tribunais, fixara:

Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Parágrafo único. Os **órgãos fracionários** dos tribunais **não** submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver **pronunciamento destes** ou do **plenário do Supremo Tribunal Federal** sobre a questão. “grifo nosso” (BRASIL, 2015a)

Em arremate, significará a chamada “cláusula de reserva de plenário” (*full bench*) verdadeira deferência constitucional à presunção de validez do ordenamento infraconstitucional, que somente poderá ser afastada em decisão colegiada do Pleno ou do Órgão Especial dos tribunais, evitando-se a proliferação de insegurança jurídica no território nacional em decorrência da multiplicidade de entendimentos individuais dissonantes da vertente pretoriana a que submetida a apreciação das leis e atos normativos.

2.5 AS MODALIDADES DE CONTROLE

Basicamente, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos classifica-se segundo dois critérios essenciais, quais sejam, o temporal e o do controlador. A doutrina preleciona que “as ideias de controle preventivo e controle repressivo costumam ser relacionadas ao momento do controle de constitucionalidade, se anterior ou posterior à publicação da lei ou do ato normativo” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 1078, “grifo nosso”). Também factível a distinção entre os chamados controle “político” e “judicial”, classificados sob a ótica do órgão controlador.

É que o processo legislativo, aqui adotado em sentido amplo, possui etapas multilaterais de análise da conformidade do texto a que se pretende atribuir caráter normativo aos ditames da Carta Política. Poderá, *verbi gratia*, o Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo, sustar determinada Lei Delegada elaborada pelo Poder Executivo em incongruência com as diretrizes fixadas na delegação concedida (art. 49, V da CRFB), exercendo, assim, controle repressivo político de constitucionalidade; O Presidente da República, noutro giro, entendendo pela incompatibilidade do projeto de lei que lhe seja submetido em face do Texto Fundamental,

poderá vetar-lhe, integral ou parcialmente (art. 66, §1º da CRFB), manifestando-se em sede de controle preventivo político de constitucionalidade.

O Poder Judiciário, por seu turno, exercerá o controle repressivo nas hipóteses retroesposadas, seja pela via principal ou incidental, pelo mecanismo difuso ou concentrado, pela análise concreta ou abstrata. Subjaz, todavia, certa controvérsia quanto à viabilidade do controle jurisdicional em caráter preventivo. É que já se manifestara o Supremo Tribunal Federal no sentido de que o parlamentar, em tutela de suas prerrogativas, pode provocar mediante Mandado de Segurança a obstrução do fluxo legislativo incompatível com os ditames da Carta Maior, ocorrendo, na preleção de Celso de Mello, que

Os membros do Congresso Nacional **dispõem**, em caráter exclusivo, de legitimidade ativa “*ad causam*” **para provocar** a instauração do **controle jurisdicional sobre o processo de formação das leis e das emendas à Constituição, assistindo-lhes**, sob tal perspectiva, **irrecusável** direito subjetivo **de impedir** que a elaboração dos atos normativos, pelo Poder Legislativo, **incida em desvios inconstitucionais, podendo insurgir-se**, por tal razão, **até mesmo** contra decisões que, **emanadas** da Presidência da Casa legislativa, **haja resolvido questões de ordem pertinentes** ao “*iter*” procedimental **concernente** à atividade legislativa do Parlamento. [...]

O Poder Judiciário, quando intervém **para assegurar** as franquias constitucionais **e para garantir** a integridade e a supremacia da Constituição, **desempenha**, de maneira plenamente legítima, **as atribuições** que lhe conferiu a própria Carta da República, **ainda** que essa atuação institucional se projete **na esfera orgânica do Poder Legislativo** (BRASIL, 2017, pp. 2-3). “grifo, sublinhado e itálico no original”

A respeito do tema, há na doutrina posicionamentos no sentido de não se configurar hipótese de controle judicial preventivo, senão repressivo, posto que a declaração de inconstitucionalidade se dá em face de processo legislativo já violador da prerrogativa parlamentar, havendo “nítida diferença entre afirmar violação de norma constitucional que impede o andamento de processo legislativo e pretender afirmar judicialmente inconstitucionalidade na substância de lei que está para ser editada” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, pp. 1078-1079). Entretanto, firma-se aqui posição diversa, vislumbrando-se que eventual provimento de Mandado de Segurança impetrado por parlamentar na hipótese sobredita configurará controle repressivo em relação ao processo construtivo do ato normativo, mas, pela via oblíqua, controle preventivo no que atine à constitucionalidade formal do diploma em si. Revela-se, destarte, a eficácia ambivalente da decisão judicial que declare a violação inconstitucional à prerrogativa parlamentar de devido processo legislativo.

3. TÉCNICAS DE JULGAMENTO EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, a despeito de posicionamentos doutrinários divergentes – seja no sentido da nulidade, anulabilidade ou mera inexistência do ato normativo declarado inconstitucional –, José Afonso da Silva preleciona que, ao contrário do modelo norte-americano, que rechaça, invariavelmente, desde a origem a validade das normas (eficácia *ex tunc*), o país

[...] estruturou técnica peculiar de controle, que não comporta a teoria norte-americana. Milita presunção de validade constitucional em favor de leis e atos normativos do Poder Público, que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição. [...]

A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X; a declaração na via direta tem efeito diverso, importa suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato [...] (2016, pp. 55-56)

É que a adoção inflexível duma teoria que propugne a nulidade dos atos impugnados com eficácia sempre retroativa (*ex tunc*) não se amolda à estrutura jurídico-normativa do país, posto que, por situações fáticas de ordem política, econômica, social e, até mesmo, lógicas, torna-se imprescindível certo ajuste exegético por parte do Poder Judiciário tencionado a evitarem-se danos irreparáveis ou soluções incompatíveis com o propósito unitário do texto constitucional, inclusive. Destarte, doravante analisar-se-ão as principais técnicas de julgamento adotadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

3.1 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Diplomas normativos há que a semântica do texto elaborado possa se vislumbrar sob diferentes vetores. É que determinadas leis (em sentido amplo) são plurissignificativas, isto é, eivadas de pluralidade de sentidos, não raro, dissonantes dos comandos constitucionais. Destarte, exsurge a interpretação conforme como técnica de julgamento utilizada para, num determinado cenário de possíveis entendimentos, fixar-se qual é a diretriz a ser seguida na aplicação da norma. Caracteriza-se, destarte, como técnica restritiva de interpretações outras. Nos dizeres de Canotilho (1993, p. 1012), “é um meio de [...] neutralizarem[-se] violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição”.

Nesse sentido, a título exemplificativo, traz-se à baila decisão do Pleno do STF pela conservação de norma distrital cuja definição textual do conceito de entidade familiar não contemplara expressamente as hipóteses de união homoafetiva, desde que interpretada em conformidade com o Texto Fundamental (BRASIL, 2019, p.1):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.160/2018 DO DISTRITO FEDERAL. RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO PARA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE VALORIZAÇÃO DA FAMÍLIA NO DISTRITO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Dispositivo de lei distrital (art. 2, I) que disciplina entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre homem e mulher, por meio de casamento ou união estável. [...]

2. Inconstitucionalidade material e interpretação conforme. A **única** interpretação do artigo 2º, inciso I, que se mostra compatível com o texto constitucional é aquela que não exclua do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação das políticas públicas previstas na Lei 6.160/2018, o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo. [...] “grifo nosso”

Por semelhante modo, o Excelso Pretório, em recente decisão, manifestou-se pela possibilidade de utilização, por Tribunal de Justiça, como parâmetro de controle a Constituição da República, atestando a constitucionalidade de previsão estadual nesse sentido, desde que a Lei Maior do estado-membro aluda à federal ou cuide-se a impugnação de dispositivo de reprodução obrigatória, fixando, mediante exercício de interpretação conforme, esse entendimento (BRASIL, 2021a, p. 1):

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAPÁ. ART. 133, II, M. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE LEIS E ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE O PARÂMETRO DE CONTROLE SEJA DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA OU QUANDO EXISTIR, NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, NORMA DE CARÁTER REMISSIVO À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. **INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO**. PARCIAL PROCEDÊNCIA. “grifo nosso”

Em síntese, a interpretação conforme tenciona à conservação do ato normativo impugnado no ordenamento jurídico, em homenagem aos princípios da presunção de constitucionalidade das leis e da segurança jurídica, pouco importando a intenção subjetiva do Estado-legislador pessoalmente identificado. É que a lei, uma vez inserida no ordenamento, se desvincula de quem a elaborara, posto que transmutada a filiação de autoria em vassalagem à Carta Política.

3.2 DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO

Partindo-se do mesmo epicentro exegético da interpretação conforme, dentre a multiplicidade de interpretações possíveis, compatíveis ou não com o Texto Fundamental, é cabível a eliminação duma que se afigure inconstitucional, preservando-se a viabilidade das demais. Na preleção de Bernardo Gonçalves Fernandes, “embora o texto da norma continue o mesmo gramaticalmente, literalmente no ordenamento uma hipótese de sua aplicação é extirpada por inconstitucionalidade” (2021, p 2161).

O STF, ao apreciar matéria tributária concernente à hipótese de incidência do ICMS, já se servira da técnica hermenêutica para afastar a interpretação de que a cobrança do imposto atinente a produtos importados do Exterior unicamente deveria se dar pelo estado-membro de ingresso físico do patrimônio (BRASIL, 2020b, p. 2):

Utilização de técnica de **declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto**, ao art. 11, I, “d”, da Lei Complementar federal 87/96, para fins de afastar o entendimento de que o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável pelo tributo, é apenas e necessariamente o da entrada física de importado, tendo em conta a juridicidade de circulação ficta de mercadoria emanada de uma operação documental ou simbólica, desde que haja efetivo negócio jurídico. “grifo nosso”

Destarte, enquanto a interpretação conforme restringirá a multiplicidade de interpretações possíveis a uma única válida, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto eliminará uma delas, sem, todavia, delimitar a possibilidade de aplicação da norma neste ou naquele entendimento.

3.3 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE

Debruçando-se sobre Medida Provisória convertida em lei, o STF, compreendera não ter sido respeitado o requisito de urgência para edição da norma pelo Chefe do Executivo federal, bem como ter havido lesão a unidades de conservação ambiental, manifestando-se pela inconstitucionalidade sem pronunciar, entretanto, a nulidade:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012. CONVERSÃO NA LEI N. 12.678/2012. INÉPCIA DA INICIAL E PREJUÍZO DA AÇÃO QUANTO AOS ARTS. 6º E 11 DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012 E AO ART. 20 DA LEI N. 12.678/2012. POSSIBILIDADE DE EXAME DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA NORMATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. ALTERAÇÃO DA ÁREA DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL. AÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, **JULGADA PROCEDENTE, SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE** (BRASIL, 2018b, p. 1). “grifo nosso”

É que, ainda que sob a ótica técnica e doutrinária seja determinado ato eivado de vício insanável de constitucionalidade, por vezes as consequências de eventual declaração de nulidade podem opor-se à proporção e razão do controle encetado. Nesse esteio, “o STF excepcionalmente pode entender, com base no princípio da proporcionalidade, que a declaração de nulidade poderá agravar o estado de inconstitucionalidade presente no sistema jurídico-constitucional” (FERNANDES, 2021, pp. 2162-2163), manifestando-se pela incompatibilidade do diploma sem pronunciar eventual nulidade a ele imanente.

3.4 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA NO TEMPO

Chamada também de “declaração de inconstitucionalidade de lei ainda constitucional”, de “declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade” ou, ainda, de “apelo ao legislador” a técnica reside na “possibilidade de o STF declarar a constitucionalidade de uma lei, mas afirmar que ela está em vias de se tornar inconstitucional. Ou seja, [...] caminha progressivamente para a inconstitucionalidade” (FERNANDES, 2021, p. 2164) .

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar dispositivo do Código de Processo Penal atinente à defesa, pelo Ministério Público, do direito à reparação decorrente de crimes titularizado por pessoas hipossuficientes, aplicara a técnica de declaração de constitucionalidade de norma em trânsito (BRASIL, 1998, p. 1):

Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia **ex tunc** faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem cons-

titucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328. “grifo no original”

Destarte, tem manifestado o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro flexibilidade quanto aos corolários do controle de constitucionalidade, revelando que a preocupação institucional do guardião da Constituição não reside na tutela formal de seu texto, mas na efetividade ontológica das pretensões pela Carta Política exaradas.

3.5 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO

Também denominada inconstitucionalidade “por atração”, “por reverberação normativa” e “derivada”, a técnica consiste em mitigação do princípio da adstrição nas ações em que suscitada a questão de constitucionalidade do ato normativo, pelo que o órgão julgador poderá declarar inválidos dispositivos não impugnados na Inicial. Exemplificativamente, o STF reverberara entendimento erigido sobre esse lastro hermenêutico (BRASIL, 2015b, p.1):

Lei Distrital 842/94. 2. Redação dada pela Lei 913/95. 3. Art. 2º da Lei 913/95. 4. Pensão especial a cônjuge de vítima assassinada no Distrito Federal. 5. Lei que impõe ao Distrito Federal responsabilidade além da prevista no art. 37, § 6º, da Constituição. 6. Inocorrência da hipótese de assistência social. 7. Inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 842/94. 8. **Inconstitucionalidade por arrastamento dos demais dispositivos**. 9. Ação julgada procedente “grifo nosso”

Por semelhante raciocínio, embora o controle de constitucionalidade brasileiro não admita a apreciação de atos secundários, que se submetem ao exame de legalidade, pela invalidez dos primários atinge-se a incolumidade dos que destes decorrem. Incurso no ementário jurisprudencial do Excelso Pretório (BRASIL, 2020c, p.1):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DEPÓSITO – INCONSTITUCIONALIDADE. Surge incompatível com a Constituição Federal exigência de depósito prévio como condição de admissibilidade do recurso extraordinário, no que não recepcionada a previsão constante do § 1º do artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo inconstitucional a contida na cabeça do artigo 40 da Lei nº 8.177 e, **por arrastamento**, no inciso II da **Instrução Normativa** nº 3/1993 do Tribunal Superior do Trabalho. “grifo nosso”

Destarte, a utilização recorrente da técnica de “arrastamento” pelo Supremo Tribunal Federal tem ecoado o propósito de racionalização do controle de constitucionalidade, potencializando-o. É dizer: partindo da premissa de que a finalidade precípua do controle é salvaguardar a posição sobrelevada da Carta Política na hierarquia normativa, o recurso permite ao Judiciário,

numa só decisão, ajustar o ordenamento atinente à questão suscitada, sob a perspectiva sistêmica e unitária do Direito.

3.6 A MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO

A modulação consiste na possibilidade de, mesmo certificando-se inconstitucional dado ato normativo, os efeitos decorrentes da decisão produzirem-se, casuisticamente, *ex tunc*, *ex nunc* ou, ainda, *pro tempore futuro*. A Lei nº 9.868/99 prevê a hipótese nos julgamentos de ADI, ADC e ADO (BRASIL, 1999a):

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Partilhando da mesma inspiração, a Lei nº 9.882/99 estatui (BRASIL, 1999b):

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O STF, não raro, serve-se da modulação, podendo-se, a título meramente exemplificativo, mencionar decisão proferida em sede de embargos declaratórios opostos no âmbito de Ação Direta de Inconstitucionalidade (BRASIL, 2021b, p.1):

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PEDIDO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 2º E 3º DA LEI Nº 11.905/2010 DO ESTADO DA BAHIA. PROVIMENTO . 1. Embargos de declaração contra acórdão que julgou procedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, sem que, naquele momento, houvesse deliberação conclusiva quanto à modulação de efeitos. 2. **Modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade** dos arts. 2º e 3º da Lei nº 11.905/2010 do Estado da Bahia que se impõe, com **atribuição de eficácia ex nunc ao julgado**. 3. Embargos de declaração providos. “grifo nosso”

Destarte, o sistema de controle de constitucionalidade pátrio permite a modulação como instrumento lançado à mão do órgão controlador com o propósito de permitir-lhe a salvaguarda da prevalência do Texto Fundamental sobre todo o ordenamento, sem, todavia, que isso implique na perturbação duma realidade fática que possa incorrer na violação a outros elementos integrantes da própria Constituição, dentre os quais a segurança jurídica e a proporcionalidade.

4. CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade, assim entendido o cotejo entre determinado ato normativo e o texto constitucional num processo de verificação quanto à validade, consubstancia verdadeiro mecanismo de reiteração da prevalência da Constituição – aí abarcados os dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos cuja adesão do Brasil tenha se conformado ao rito do § 3º do artigo 5º da CRFB/88 – sobre todo o ordenamento jurídico. Agregando elementos dos sistemas norte-americano e austríaco, o país adota modelo misto, que congrega a viabilidade de aferição da constitucionalidade dos atos normativos tanto pela via concentrada, em caráter principal, quanto pela difusa, em sede incidental, prevendo a Carta Política, nessa segunda hipótese, em observância à harmonia e independência entre os Poderes, a possibilidade de o Senado Federal suspender a eficácia dos atos declarados inconstitucionais pelo STF.

Conquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade prescindida deste requisito, a Ação Declaratória possui como *conditio sine qua non* de admissibilidade a existência de prévia controvérsia judicial relevante, reforçando a norma de regência o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. É dizer: por serem presumivelmente válidas, só justifica a necessidade de eventual declaração nesse sentido a ocorrência de significativas disparidades hermenêuticas quanto à consonância do ato com a norma maior. No mesmo passo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como mecanismo judicial residual, reforça a salvaguarda da autoridade suprema da Carta Política no sistema normativo alcançando dispositivos eventualmente não passíveis de apreciação pelas vias da ADC e ADI.

Noutro giro, a previsão da ADI por omissão ecoa nos ditames constitucionais como esteio norteador da intenção do Poder Constituinte no sentido de que as previsões do Texto Fundamental existem para serem efetivamente cumpridas, isto é, não se materializam como meras alegorias de cunho ideológico no plano jurídico, mas tencionam à concreção no plano ontológico. No mesmo espírito, a denominada ADI interventiva exsurge como instrumento enérgico de tutela da estabilidade jurídico-política do pacto federativo, notadamente quanto aos princípios constitucionais sensíveis.

A disposição sistêmica do controle brasileiro, além de viabilizá-lo em caráter preventivo ou repressivo, distribui a responsabilidade por sua escorreita aplicação entre as searas política e judicial, sendo, nesta última, expressamente consagrada a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade, prestando-se, destarte, a devida deferência às construções normativas do Estado-legislador e evitando-se a perpetração de posições exegéticas isoladas com o condão de gerar insegurança jurídica no país.

Por fim, independente da posição doutrinária que se adote a respeito das normas inconstitucionais (se inexistentes, nulas ou anuláveis), revelaram os casos concretos submetidos ao Poder Judiciário a necessidade de adequação das decisões às finalidades precípua objetivadas pela Constituição. É que, por vezes, determinado dispositivo plurissignificativo poderá manter-se válido, desde que interpretado duma dada maneira, sendo salutar aplicar-se a técnica de interpretação conforme. Em lógica reversa, haverá hipóteses em que apenas uma direção hermenêutica deverá ser alijada do ordenamento, subsistindo pluralidade ainda aceitável, sendo viável declarar-se a inconstitucionalidade sem redução de texto. Noutro sentido, ainda que inválido dado ato normativo, a pronúncia de sua nulidade poderia acarretar prejuízos de

outras ordens, dos quais adviriam situações tão, ou mais, incompatíveis com a vontade da Carta Política.

Dessa forma, o Poder Judiciário esforça-se por conservar, ao máximo, a existência das normas sem, todavia, sublevar o status maximizado da Constituição. Por semelhante modo, a declaração de constitucionalidade de norma em trânsito opera como vetor de alerta às instituições estatais para que assumam posição ativa no movimento de evolução constitucional progressiva, que não admite retrocessos, de modo a adequarem-se aos objetivos diuturnamente efetivados.

Por fim, a possibilidade de modulação de efeitos da decisão exsurge como técnica de ponderação factual das mudanças geradas por eventuais declarações de inconstitucionalidade, o que, aliado à possibilidade de abarcamento de normas secundárias e de dispositivos inicialmente não impugnados, aperfeiçoa o controle abstrato, de modo a oportunizar a racionalização do mecanismo e a reiteração da natureza transindividual do interesse tutelado, que, desde o ajuizamento da ação, se desprende de eventuais subjetivismos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 07 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999a**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9882, de 03 de Dezembro de 1999b**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.562, de 23 de Dezembro de 2011**. Regulamenta o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12562.htm. Acesso em: 06 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015a**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de Junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.358/ DF, do Pleno do Tribunal**. Lei Distrital 842/94. 2. Redação dada pela Lei 913/95. 3. Art. 2º da Lei 913/95. 4. Pensão especial a cônjuge de vítima assassinada no Distrito Federal. 5. Lei que impõe ao Distrito Federal responsabilidade além da prevista no art. 37, § 6º, da Constituição. 6. Inocorrência da hipótese de assistência social. 7. Inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 842/94. 8. Inconstitucionalidade por arrastamento dos demais dispositivos. 9. Ação julgada procedente. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília (DF), 04 fev. 2015b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7904634>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.618-6/PR, do Pleno do Tribunal**. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Partido político. 3. Legitimidade ativa. Aferição no momento da sua propositura. 4. Perda superveniente de representação parlamentar. Não des-

qua lificação para permanecer no polo ativo da relação processual. 5. Objetividade e indisponibilidade da ação. 6. Agravo provido. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília (DF), 12 ago. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372943>. Acesso em: 06 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.507/DF, do Pleno do Tribunal**. Legitimidade – Processo Objetivo – Governador – Pertinência Temática. O Governador do Distrito Federal possui legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo, editado pela União, a versar remuneração de integrantes de carreiras de órgãos cujos serviços são prestados à população local. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília (DF), 05 ago. 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753979035>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.673/DF, do Pleno do Tribunal**. Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Tributação incidente sobre verbas de comissão de corretagem. Sociedades seguradoras. CONSIF. Objetivos institucionais. Objeto da ação. Correlação. Pertinência temática. Existência. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 13 jun. 2018a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748483506>. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.717/DF, do Pleno do Tribunal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória n. 558/2012. Conversão na lei n. 12.678/2012. Inépcia da inicial e prejuízo da ação quanto aos arts. 6º e 11 da medida provisória n. 558/2012 e ao art. 20 da lei n. 12.678/2012. Possibilidade de exame dos requisitos constitucionais para o exercício da competência extraordinária normativa do Chefe do Executivo. Ausência dos pressupostos de relevância e urgência. Alteração da área de unidades de conservação por Medida Provisória. Impossibilidade. Configurada ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental. Ação parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada procedente, sem pronúncia de nulidade. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília (DF), 05 abr. 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749158743>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.647/AP, do Pleno do Tribunal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constituição do estado do Amapá. Art. 133, II, m. Controle concentrado de constitucionalidade, pelo Tribunal de Justiça local, de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Possibilidade, desde que o parâmetro de controle seja de reprodução obrigatória ou quando existir, no âmbito da Constituição Estadual, norma de caráter remissivo à Constituição da República. Interpretação conforme à Constituição. Parcial procedência. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília (DF), 03 nov. 2021a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758207428>. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.971/DF, do Pleno do Tribunal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 6.160/2018 do Distrito Federal. Reconhecimento como entidade familiar de união estável entre pessoas do mesmo sexo para implantação de políticas públicas de valorização da família no Distrito Federal. Interpretação conforme à Constituição. Parcial procedência da ação. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 13 set. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750960588>. Acesso em: 07 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 11.859/BA, do Pleno do Tribunal**. Constitucional. Reclamação. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Ausência de Manifestação Quanto a Normas Processuais. Desrespeito à Súmula Vinculante 10. Inocorrência. Causa Solucionada por Outros Fundamentos Legais. Uso da Reclamação Como Sucedâneo Recursal. Inadmissibilidade. Precedentes. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília (DF), 23 maio 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3993478>. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 15.724/PR, da Primeira Turma**. Agravo Regimental em Reclamação. Alegação de contrariedade à súmula vinculante 10/STF. Inocorrência. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília (DF), 15 mar 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10736677>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.900/DF, do Pleno do Tribunal**. Direito administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Embargos de declaração. Pedido de modulação dos efeitos da decisão. Declaração de inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da lei nº 11.905/2010 do estado da Bahia. Provimento. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Brasília (DF), 25 jun. a 02 ago. 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756889410>. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 27.931/DF, do Pleno do Tribunal**. Mandado de segurança preventivo – impugnação deduzida contra deliberação emanada do senhor presidente da Câmara dos Deputados que, resolvendo questão de ordem, definiu o conteúdo e o alcance da expressão “deliberações legislativas” inscrita no § 6º do art. 62 da Constituição da República – tema que extravasa os limites “*interna corporis*” das casas legislativas – possibilidade de controle jurisdicional dos atos de caráter político, sempre que suscitada questão de índole constitucional – direito público subjetivo do parlamentar à correta elaboração, pelo Poder Legislativo, das leis e demais espécies normativas – a anômala situação institucional decorrente do abuso presidencial na edição de Medidas Provisórias – a questão pertinente ao poder de agenda do Legislativo – grave comprometimento da função precípua do Congresso Nacional provocado pelo bloqueio da pauta de cada uma de suas casas, em razão da existência de Medida Provisória pendente de apreciação após 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação – interpretação restritiva conferida ao § 6º do art. 62 da Constituição da República, no sentido de que o regime de urgência previsto em tal dispositivo constitucional, que faz sobrestar “todas as demais deliberações legislativas da casa” onde a medida provisória estiver tramitando, somente afeta aquelas matérias que se mostrem passíveis de regramento por Medida Provisória – exegese veiculada no ato emanado do senhor presidente da Câmara dos Deputados que, apoiada em construção estritamente jurídica, tem a virtude de preservar, em sua integralidade, o livre desempenho, por essa casa do Congresso Nacional, da função típica que lhe é inerente: a função de legislar – mandado de segurança indeferido. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília (DF), 29 jun. 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754229860. Acesso em: 05 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem no Recurso Extraordinário com Agravo nº 665.134/MG, do Pleno do Tribunal**. Questão de ordem. Recurso Extraordinário com agravo. Repercussão Geral. Reafirmação de jurisprudência. Direito tributário. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – ICMS. Importação. Art. 155, §2º, ix, “a”, da constituição da república. Art. 11, i, “d” e “e”, da lei complementar 87/96. Aspecto pessoal da hipótese de incidência. Destinatário legal da mercadoria. Domicílio. Estabelecimento. Transferência de domínio. Importação por conta própria. Importação por conta e ordem de terceiro. Importação por conta própria, sob encomenda. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília (DF), 27 abr. 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752956713>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 147.776-8/SP, da Primeira Turma**. Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, sobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília (DF), 19 maio 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=210449>. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 577.025-7/DF, do Pleno do Tribunal**. Recurso Extraordinário. Poder Executivo. Competência legislativa. Organização da Administração Pública. Decretos 26.118/05 e 25.975/05. Reestruturação de autarquia e criação de cargos. Repercussão Geral reconhecida. Inocorrente ofensa à Constituição Federal. Recurso desprovido. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília (DF), 11 dez. 2008a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579793>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 607.447/PR, da Primeira Turma**. Recurso Extraordinário – depósito – inconstitucionalidade. Surge incompatível com a Constituição Federal exigência de depósito prévio como condição de admissibilidade do recurso extraordinário, no que não recepcionada a previsão constante do § 1º do artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo inconstitucional a contida na cabeça do artigo 40 da Lei nº 8.177 e, por arrastamento, no inciso II da Instrução Normativa nº 3/1993 do Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília (DF), 22 maio 2020c. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834379. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 10. Brasília (DF), 18 jun. 2008b**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula746/fal-se>. Acesso em: 10 fev. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: MÉTODO, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 22/02/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 15/07/2022
- Avaliação 2: 07/08/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2022
- Retorno rodada de correções: 15/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 21/08/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A IMPOSSIBILIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA PARLAMENTARISTA NA DEMOCRACIA BRASILEIRA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

THE IMPOSSIBILITY OF IMPLEMENTING THE
PARLIAMENTARY SYSTEM IN BRAZILIAN DEMOCRACY
FROM THE VIEW OF THE 1988 CONSTITUTION

YHAN FELIPE BARBOSA CHAVES¹

HEITOR ROMERO MARQUES²

BRUNO ALMEIDA ALBERTINI³

RESUMO

O presente trabalho visa explorar acerca da impossibilidade de se implementar o sistema parlamentarista no Brasil, sob o ponto de vista da Constituição Federal de 1988, que após mais de 30 anos sustentando a democracia da nação, presencia movimentos que buscam a reforma do sistema presidencialista, principalmente em

- 1 Advogado (OAB/MS 26.226) e Assessor Jurídico do Município de Jardim/MS. Possui graduação em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco-UCDB (2020). Cursa Mestrado em Desenvolvimento Local pela UCDB (PPGDL), no qual é Bolsista CAPES, e Pós-graduação em Direito Constitucional pelo IDP Online. Durante a graduação foi vice-presidente do Diretório Acadêmico Clóvis Beviláqua (DACLOBE), no ano de 2020, além de ser Bolsista em Iniciação Científica pela UCDB (2019/2020). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0642741535220968>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5609-8199>.
- 2 Possui graduação em Ciências - Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso (1976), graduação em Pedagogia - Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso (1981), graduação em Educação Moral e Cívica Exame de Suficiência pela UFG (1971), graduação em Ciências de Primeiro Grau Exame de Suficiência pela UFG (1969), Especialização em Filosofia e História da Educação (1986) - FUCMT. Mestrado Em Educação Formação de Professores pela Universidade Católica Dom Bosco (1996) e doutorado em Desarrollo Local Y Planificación Territorial - Universidad Complutense de Madrid (2004). Atualmente é professor na Universidade Católica Dom Bosco, atuando em cursos de licenciatura e bacharelado, bem como na especialização *lato sensu* e Programa de Mestrado e Doutorado em Desenvolvimento Local em contexto de territorialidades (Coordenador no período: 1/03/2012 a 07/03/2016). Membro efetivo do Conselho Municipal de Desenvolvimento Rural Sustentável do Município de Campo Grande- MS. Membro representante do PPGDL/UCDB no CERMA - Comitê Estadual de Refugiados, Migrantes e Apátridas (mandado 2021 - 2023). Membro do Grupo de Pesquisa da Universidad Politecnica Salesiana de Ecuador intitulado. Membro do Grupo de Pesquisa ESCER - Estudando o Cerrado, liderado por Maria Corette Pasa da UFMT. Membro do Proyecto de Innovación Docente [Las humanidades, el patrimonio y las ciencias sociales como proceso de hibridación de innovación educativa y felicidad académica de la Universidad Don Bosco de El Salvador. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/6681173217974714>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0093-1617>.
- 3 Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco, foi pesquisador do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC). Pesquisador do Laboratório de Ciências Criminais 2021 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Estagiário no escritório de advocacia Mozart Andrade Advogados Associados. Ex-estagiário do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, em Gabinete de Desembargador. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/5705499150182002>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0048-428X>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

CHAVES, Yhan Felipe Barbosa; MARQUES, Heitor Romero; ALBERTINI, Bruno Almeida. A impossibilidade da implementação do sistema parlamentarista na democracia brasileira sob a ótica da Constituição de 1988. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 232-242, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9107>.

momentos de instabilidade política, de forma diversa daquela prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias -ADCT. Para a feitura do trabalho, é preciso analisar o artigo 2º do ADCT, instituído pelo Poder Constituinte Originário, e compreender a motivação do Brasil ter adotado o sistema Presidencialista, de forma a prosseguir com análise jurídica e política, através da metodologia de revisão bibliográfica e o método de abordagem hipotético-dedutivo, a fim de se atestar a impossibilidade da implementação do referido sistema em nossa democracia. Os resultados do trabalho revelam, a partir da confrontação de entendimentos doutrinários e interpretação de normas, que, sob a ótica da Constituição Federal, não é possível a implementação de um sistema de governo parlamentar em nossa democracia, esta conclusão se deve, principalmente, a somatória de três fatores preponderantes, um de cunho histórico, outro de cunho jurídico, e, por fim um fator genuinamente político. tais fatores foram desenvolvidos como resultados das pesquisas envolvendo o trabalho; e consubstanciam a hipótese tomada como premissa do artigo.

Palavras-chave: Sistemas de Governo; Parlamentarismo; Eficácia exaurida das normas constitucionais; Artigo 2º do ADCT; Inviabilidade.

ABSTRACT

His work aims to explore the impossibility of implementing the Parliamentary system in Brazil, from the Constitution of 1988 point of view, which after 30 years supporting the democracy of the nation, faces movements that seeks the reform of the presidential system, mainly in moments of political instability, diverging from what is foreseen in the Act of Transitional Constitutional Provisions. For the preparation of the work, it is necessary to analyze the section 2 of the ADCT, instituted by the Originating Constituent Power, and to understand why Brazil has adopted the Presidential System, in order to continue with legal and political analysis, through the methodology of bibliographic review and the approach method of hypothetical-deductive, in order to attest to the impossibility of implementing this system in our democracy. The result of the work reveal, from the comparison of doctrinal understandings and interpretation of norms, that, from the perspective of the Constitution, it is not possible to implement a parliamentary system in our democracy – this result is supported by three elements, one of a historical nature, another of a legal nature, and, finally, a genuinely political factor – such factors were found as results of the work's research; and materialize the hypothesis taken as a premise for the article.

Keywords: Government Systems; Parliamentarism; Exhausted effectiveness of constitutional norms; Section 2 of the ADCT; Inviability.

1. INTRODUÇÃO

A redemocratização brasileira, envolta na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ultrapassa 30 anos de existência e é objeto constante de estudos acerca do seu histórico. As forças políticas que conduzem o país não se limitam aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas o constante jogo de forças existentes na nação, que adota o sistema do presidencialismo de coalizão, conduziram a história de forma a levar a queda de dois presidentes, dos cinco eleitos pelo sistema democrático, através de processos de *impeachment*.

Em meio ao jogo de forças que se configura na realidade política brasileira, nota-se o surgimento de movimentos tendentes a implementar o sistema parlamentarista no Brasil, principalmente em momentos de crise. Destaca-se, por exemplo, a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 245/16 na Câmara dos Deputados, assim como a tramitação, já encerrada, da PEC nº 9, de 2016, no Senado Federal. Apesar das diferenças existentes entre

as Propostas de Emenda à Constituição mencionadas, ambas têm como escopo, objetivamente, instituir o sistema de governo parlamentarista no Brasil

Imperioso apontar que tais movimentos reformistas elencados buscam a alteração do sistema de governo de forma radicalmente diferente daquela prevista no artigo 2º do ADCT, que dispôs sobre a realização de plebiscito para a definição da forma e do sistema do governo brasileiro, este ocorrido em 1993 e responsável pela estruturação do Estado através de consulta popular e democrática.

Ainda, nessa mesma esteira de discussões, em 2018 o Supremo Tribunal Federal se encontrou na iminência de julgar o Mandado de Segurança – MS nº 22.972 impetrado por parlamentares no segundo semestre de 1997, com base na tramitação de PEC que buscava instituir o parlamentarismo como sistema de governo. O processo foi julgado extinto sem resolução do mérito, diante da homologação de desistência formulada pelo impetrante, mas não sem antes fomentar debates jurídicos.

A extinção do referido mandado de segurança foi homologada pelo relator Ministro Alexandre de Moraes e ocorreu, de fato, por questão de direito, de forma que o mérito da discussão, muito pertinente por tratar sobre questão constitucional referente ao sistema de governo, permanece em aberto.

Diante das frequentes discussões acerca da implementação do sistema parlamentarista na democracia brasileira, buscar-se-á analisar, sob a ótica da Constituição de 1988, o porquê da impossibilidade de adoção deste sistema de governo diverso, tanto diante da perspectiva legislativa, quanto do ponto de vista político, indo além da motivação pela qual o Brasil adota o sistema do presidencialismo.

2. MOTIVAÇÕES PELA ADOÇÃO DO SISTEMA PRESIDENCIALISTA NO DIREITO BRASILEIRO

Motivadamente, reservou-se a esse trecho do trabalho fazer uma tênue diferenciação entre os dois sistemas de governos que predominam as democracias contemporaneamente, de modo, que ficará mais inteligível a assimilação do motivo pelo qual a República Federativa do Brasil adotou o Presidencialismo em detrimento do Parlamentarismo.

Em primeira análise, o sistema parlamentarista é marcado por um deslocamento parcial das funções executivas ao Poder Legislativo, verificando-se assim um fortalecimento do Parlamento. Marcante também, e imprescindível de ser mencionado é o exercício da chefia de Estado, que é realizada por um monarca ou presidente, e da chefia de governo que é exercida por um Primeiro-Ministro. Já o acúmulo, por uma pessoa/cargo das chefias anteriormente mencionadas, caracteriza a incidência de um sistema de governo presidencialista, onde se pode observar de forma mais nítida a divisão das funções (TEMER, 2019).

É possível identificar que a história republicana brasileira é fortemente marcada pela tradição de se haver a concentração das funções nas mãos de uma só pessoa. Exceção a isso, como bem nos lembra Nathália Masson, 2020, apenas ocorreu no interregno de setembro de 1961 a janeiro de 1963, quando o Parlamentarismo foi formalmente instaurado país. Ocorrido

apenas por crises políticas, ocasionadas em decorrência da renúncia do Presidente Jânio Quadros, e a inclinação reformista de seu legítimo sucessor João Goulart, que obrigou que o Parlamento, então deveras conservador, diminuísse sensivelmente os poderes do Chefe do Executivo (MASSON, 2020).

Seguindo a história, o Regime Militar afastou João Goulart do poder, e marcou o início de um regime autoritário, fortemente marcado pela ação do Executivo, que veio a ser derrocado apenas em meados dos anos de 1980, com a volta democrática, e a ascensão do maranhense José Sarney à Presidência da República, em virtude da morte de Tancredo Neves (CÂMARA FEDERAL, 2018), cabendo então a Sarney criar condições políticas para a instauração de uma nova Constituinte.

Assim o fez, e no dia 05 de outubro 1988 a Assembleia Nacional Constituinte, presidida pelo então deputado paulista Ulysses Guimarães, promulgou a Constituição Cidadã. Um documento a frente de seu tempo, inspirado nos ideais libertários de origem francesa, prezando pela salvaguarda dos direitos e das garantias fundamentais que permeavam o mundo à época por fortes influências americanas, e colocando mecanismos altamente limitadores em face da atuação do estado (CONGRESSO NACIONAL, 1988).

Deste modo, o constituinte originário, sempre com fito de prestigiar a povo, nas tomadas de decisões, optou por conceder a este a prerrogativa de escolher a forma e o sistema de governo que seria vigente nesta Federação. Esta escolha seria feita mediante a realização de um plebiscito, realizado cinco anos após a entrada em vigor da nova Constituição, em 1993, consoante disposição do artigo 2º do ADCT.

Neste plebiscito, àqueles que estivessem aptos a votar deveriam escolher entre República ou Monarquia no que concerne a forma de governo, e Presidencialismo ou Parlamentarismo no que se refere a sistema de governo. Essa faculdade não foi alocada dentro do texto constitucional especificamente, mas sim nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT⁴, em seu artigo 2º, o que sugere que a intenção do constituinte originário era que a eficácia dessa norma fosse exaurida após a realização do que ali estava contemplado, vejamos o referido artigo:

Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.

§ 1º Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos meios de comunicação de massa cessionários de serviço público.

§ 2º O Tribunal Superior Eleitoral, promulgada a Constituição, expedirá as normas regulamentadoras deste artigo. **(BRASIL, Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, 05 de outubro de 1988) (grifo nosso)**

Deste modo, o referido plebiscito foi realizado não no dia 07 de setembro de 1993, mas sim em decorrência da Emenda Constitucional Número Dois de 1992, no dia 21 de abril de 1993, obtendo o seguinte resultado: No que concerne a forma de governo, venceu em detrimento

4 Função do ADCT segundo o ministro Luís Roberto Barroso: “Destinam-se as normas dessa natureza a auxiliar na transição de uma ordem jurídica para outra, procurando neutralizar os efeitos nocivos desse confronto, no tempo, entre regras de igual hierarquia – Constituição nova versus Constituição velha – e de hierarquia diversa – Constituição nova versus ordem ordinária preexistente”, (Luís Roberto Barroso, Disposições Constitucionais Transitórias, p. 491, in: CLÈVE, C. M.; BARROSO, L. R. (Org). Doutrinas Essenciais ao Direito Constitucional, RT, 2011. v. 1, p. 489-505) – (Grifo nosso)

da Monarquia a República com o voto de 66,26% dos aptos a votarem (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE, 2013).

Já no que se refere ao principal ponto desta pesquisa - o sistema de governo - ficou vencido o Parlamentarismo com 24,91% dos, contra 55,67% do Presidencialismo. Assim sendo, por determinação da Assembleia Nacional Constituinte (Poder Constituinte Originário), o resultado do referido plebiscito servia para solidificar aquilo que seriam os mecanismos de governo da democracia brasileira, dali por diante. Servindo este referido evento, que fora analisado neste tópico do trabalho como a motivação precípua para à adoção do regime Presidencialista (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE, 2013).

Pode-se creditar a esse resultado, com margem tão larga de diferença a dois aspectos culturais, arraigados na sociedade brasileira: O primeiro deles, a constante desconfiança da população, de forma genérica, no Parlamento/Poder Legislativo, que substancialmente, e naquela oportunidade não era diferente, cresce em virtude dos incontáveis escândalos por malversação de dinheiro público que estão ligados os congressistas. Depois disso, podemos elencar também a já citada tradicional cultura de se vislumbrar, em nosso país os poderes concentrados, em sua maior parte, nas mãos de uma pessoa, que exerça o cargo de direção executiva, seja como príncipe regente, imperador, ou com a democracia como presidente.

Neste íterim conseguimos, de certo modo, identificarmos as circunstâncias formais e jurídicas que motivaram a república adotar um dos sistemas de governo, bem como as motivações materiais, ou seja, àquelas que levaram a população optar por essa escolha. Assim sendo, a partir daqui a missão deste trabalho será identificar, a viabilidade de que essa escolha, instituída pelo constituinte originário, seja revogada, de modo, que o sistema de governo seja alterado, por intermédio apenas do Poder Constituinte Derivado Reformador.

3. DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE UMA MUDANÇA DE SISTEMA

Compreendidas, de início, as motivações pelas quais hoje reverbera na democracia brasileira o sistema de governo presidencialista, chega o momento de se analisar as implicações que impedem que o referido sistema seja modificado, sob a ótica do ordenamento jurídico constitucional vigente em nosso país. Estas poderão ser identificadas a partir de duas perspectivas, a Jurídica e a Política.

As implicações jurídicas poderão ser analisadas a partir de um binômio, sedimentado sob as seguintes premissas: a) A eficácia exaurida do Artigo 2º do ADCT; e, b) Ter sido instituído pelo Constituinte Originário a opção de escolha pelo sistema de governo. Dada a complexidade das referidas premissas, serão elas analisadas em subtópicos distintos. Vale, também, trazer a seguinte ressalva, antes especificamente do mérito do trabalho, que este não tem por escopo promover a defesa do presidencialismo em detrimento do parlamentarismo, mas apenas explicar acerca da impossibilidade da implantação deste.

3.1 DA EFICÁCIA EXAURIDA DO ARTIGO 2º DO ADCT

A princípio, é necessário para aprofundar este item fazer uma análise quanto à natureza jurídica das normas contidas no ADCT. E, neste íterim, podemos identificar que estas são normas constitucionais com mesmo *status* das contidas no Texto principal da Constituição. Sendo então passíveis de alteração apenas mediante emenda constitucional, mas, para tanto, a mudança deve estar em consonância com o objetivo almejado pelo Constituinte Originário. (MENDES, 2020).

Existe, entretanto, um óbice quanto a isso, boa parte das normas contidas nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias são dotadas daquilo que Uadi Lammêgo Bulos classifica como Normas Constitucionais de eficácia e aplicabilidade exaurida, esgotada ou esvaziada⁵. Neste sentido, a questão que fica é se é possível a retroatividade da aplicabilidade de uma norma que já tenha produzido seus efeitos.

Para Bulos (2015, 487), pode-se haver a retroatividade da aplicabilidade das normas constitucionais de eficácia exaurida, “com uma nova carta magna, ou o legislador reformador, mediante emenda constitucional, restaurando-lhe à eficácia normativa”, no coadunamos com afirmação de que seria possível a aplicabilidade mediante uma nova constituinte, visto que o objetivo dessa seria, em tese, o rompimento com o sistema jurídico vigente atualmente.

A resposta a essa questão, quanto a possibilidade de emenda a normas de eficácia exaurida que já tenham produzidos efeitos, no entendimento deste trabalho caminha em sentido diverso do explicado pelo professor Bulos, ora, considerando, a satisfação da essência da norma transitória, na prática, o que ocorre, com as normas constitucionais dotadas de tal característica, é uma espécie de “revogação tácita”, não fazendo, portanto, a alteração de algo que já atendeu àquilo que se dispusera.

Partindo para uma análise mais específica do teor do artigo 2º do ADCT, percebemos o seguinte, o constituinte almejava que fosse escolhido pela população o sistema de governo que seria vigente na Federação, e que essa escolha fosse, por intermédio de um plebiscito, e foi exatamente o que ocorreu em 1993, logo é possível constatar que, após a realização da consulta popular teria acontecido à perda superveniente da eficácia do dispositivo.

Pode-se questionar que seguindo esta linha estaríamos criando um limite temporal no que tange a incompatibilidade de dar uma nova redação, tendo 1993 como parâmetro, entretanto esse entendimento não há de prosperar pelo fato da eficácia da norma em questão não estar diretamente ligada à *data de realização* do plebiscito, mas sim a *própria realização* do plebiscito, caracterizando-se, deste modo um limite formal, isto é, quanto à forma, o evento de escolha deverá ser procedido mediante um plebiscito, independentemente da data de sua realização, e, considerando a realização pretérita do plebiscito, não existe mais espaço jurídico para a alteração, dado o esvaziamento da norma que previu a realização da consulta popular.

5 “Normas de eficácia exaurida (ou esvaída), isto é, aquelas que já extinguiram a produção de seus efeitos, tendo, portanto, sua aplicabilidade esgotada. São próprias do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Como exemplo, temos os arts. 11, 13, 14 e 15, todos da Constituição Federal de 1988” (BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 335) (grifo nosso)

3.2 DA INCOMPETÊNCIA DO PODER CONSTITUINTE DE REFORMA EM CONVOCAR UM NOVO PLEBISCITO

Ao povo foi concedida a faculdade de exercitar, através do voto, o Direito de escolher em conformidade com a sua predileção o sistema de Governo que irá vigor em seu país. A partir dessa perspectiva podemos extrair uma concepção central do problema do trabalho, como analisado anteriormente formalmente está limitado o Poder Constituinte de Reforma a realização de apenas um plebiscito, mas e materialmente a que estaria limitado o Poder Legislativo?

Aqui temos o ponto fundamental da concepção jurídica do presente trabalho, materialmente o poder reformador está submetido ao povo, e tendo o povo escolhido pelo presidencialismo em processo de plebiscito instituído pelo Poder Constituinte Originário, não tem competência o Constituinte Derivado para uma nova convocação, pois fazendo assim, estaria violando a vontade do constituinte originário, que é caracterizada pelo seguinte binômio: a) Realização de Plebiscito único; e, b) Para verificar a vontade do povo acerca do sistema de Governo a ser implantado no país.

No intuito de atacar a tese aqui apresentada podem ser levantadas duas questões centrais. A primeira delas se refere à possibilidade de já ser pacificado entendimento no Supremo Tribunal Federal, dissonante dos pontos aqui tratados, em virtude do julgamento do Mandado de Segurança 22.972, entretanto esse argumento não deve prosperar, pelo seguinte motivo, em sua decisão o Ministro Alexandre de Moraes não atacou, no referido caso, o mérito dos pedidos, mas sim, apenas decidiu em virtude da perda superveniente da legitimidade dos ingressantes, que tiveram seus mandatos de Deputados Federais findos, pressuposto de validade para o controle de constitucionalidade político-repressivo (STF, 2018).

A segunda questão diz respeito à possibilidade de ser editada uma Emenda à Constituição, no que tange a alteração do Artigo 2º do ADCT, em virtude da Emenda Constitucional de Revisão nº 2 de 1993 já ter feito uma alteração mudando a data de realização do Plebiscito de 07 de setembro de 1993, para 21 de abril de 1993, como já estudado a mudança ocorreu anteriormente ao esvaziamento da eficácia da referida norma, sendo possível naquele momento. Entretanto vamos além, trazendo outro argumento a essa questão, sedimentado pelo Ministro Moreira Alves, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 830 do Distrito Federal (STF, 1993), que explica não ter havido prejuízo com a Emenda Constitucional, pois ela não retirou a titularidade do povo, e a escolha por meio do Plebiscito, mas apenas alterou questões preparatórias que não influenciaram no escrutínio.

Entretanto uma Emenda Constitucional posterior a realização do plebiscito, pode acarretar prejuízos severos, como por exemplo, um novo resultado no processo plebiscitário, de modo a reverter à decisão, instituindo um sistema de governo diverso daquele que fora escolhido por intermédio do Plebiscito instituído pelo Poder Constituinte Originário.

Sob os prismas apresentados, que concernem a um parâmetro jurídico a respeito do tema que vem sendo trazido a lume, percebemos a incidência de limitações materiais e formais, no que se refere à alteração do sistema de governo. A partir de agora o presente trabalho, trará uma denotação mais prática, apresentando com as experiências de 34 anos de democracia brasileira, como o parlamentarismo seria impraticável em nosso país, apresentando então os limites políticos para essa mudança.

4. DA INVIABILIDADE POLÍTICA PARA A SUSTENTAÇÃO DE UM REGIME PARLAMENTAR

Após a realização do referido plebiscito previsto no art. 2º do ADCT em 1993, o Brasil, de fato, definiu o presidencialismo como sistema de governo que vigora no país. Apesar da doutrina possuir divergências quanto ao sistema político atual, afirma-se que a nação abarca o presidencialismo de coalização.

Segundo Schier (2016) o presidencialismo não é apenas um modo de governar ou de fazer política, mas sim se caracteriza como arranjo institucional, que gera estímulos capazes de determinar ou influenciar a conduta dos cidadãos e governantes. Assim, após décadas de democracia, a estruturação da política brasileira se caracteriza como aquela onde há formação de coalizões no Legislativo, que se relacionam com o plano de execução do Executivo.

O modelo em que o Presidente da República, eleito democraticamente, atua como Chefe de Estado e Chefe de Governo, e depende da formação de coalizões entre os legisladores para a execução de basicamente seu plano de governo, se instituiu na nação, trazendo consigo defeitos e vantagens que geram não só análises científicas, como peculiaridades nas relações políticas.

A inviabilidade política para a sustentação de um regime parlamentar pode ser inicialmente explorada retomando-se as recentes propostas de implementação do regime parlamentar no Brasil, que se baseiam em Propostas de Emenda à Constituição. A implementação do regime parlamentarista no Brasil através de PEC revela-se, primeiramente, politicamente temerária, pois, tomando por exemplo a PEC 245/16, que tramita na Câmara dos Deputados, visualiza-se que esta, como outras, objetiva a reforma do sistema de governo sem a realização de plebiscito, ou seja, sem a consulta da opinião popular acerca de uma mudança incisiva, contrariando a já mencionada disposição do art. 2º do ADCT.

Ora, como bem apontado por Auad (2009), o Brasil é uma democracia representativa, e o plebiscito é uma consulta prévia à população, podendo versar sobre matéria de acentuada relevância constitucional, administrativa ou legislativa, podendo até mesmo ser utilizado para aprovar ou não atos normativos.

Mesmo que uma possível PEC procurasse legitimar o sistema parlamentarista através da realização de um plebiscito, na tentativa de se alinhar ao que foi previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, está se mostraria politicamente temerária, indo além das questões legais já exploradas de normais constitucionais de eficácia e aplicabilidade exaurida.

Levando-se em consideração a queda de dois presidentes, dos seis eleitos desde 1988, através do processo de *impeachment*, e que discussões acerca da reforma do sistema costumam florescer em meio a cenários de instabilidade política, cabe levantar a hipótese de um cenário no qual ocorre a discussão e votação de PEC referente à implementação do parlamentarismo, lembrando o que dita a CF acerca da emenda à Constituição:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. [...]

Considerando a hipótese de movimentação política na Câmara dos Deputados e no Senado Federal objetivando a reforma do sistema através de PEC, ocorrendo esta com ou sem a consulta popular, haveria a destituição de mais uma pessoa eleita Presidente da República democraticamente. Ademais, a Constituição Federal seria alvo de reformas a fim de se adaptar ao parlamentarismo, processo que, como um todo, afetaria o amadurecimento da democracia brasileira.

Como dito por Martins (2019), o parlamentarismo e o presidencialismo nasceram cada qual de um contexto histórico, sendo o primeiro fruto de séculos de evolução do sistema político britânico, enquanto o segundo nasce de uma decisão histórica norte-americana.

Assim, na mesma esteira de mudanças que seriam necessárias para a implementação deste sistema diverso, nota-se a incompatibilidade da política brasileira com o parlamentarismo tradicional, porquanto o Brasil, adotando o presidencialismo de coalizão, possui um pluripartidarismo intenso, que se relaciona com a representatividade social na democracia:

O pluralismo político se tornou um traço marcante da democracia, pois a intenção era a multiplicidade de centros de poder, acabando com a centralização deste. A Constituição Federal, em seu artigo 17, aponta a existência do pluripartidarismo e assegura a existência de diversos partidos políticos no sistema nacional. 47 (DAMBROS, 2016, p. 130)

Desta forma, como o sistema parlamentarista tradicionalmente pressupõe um número reduzido de partidos, posto que um destes precisa alcançar a maioria absoluta no Parlamento para a constituição do governo, a restrição relativa à atuação dos partidos políticos com menor representatividade violaria o princípio do pluralismo político, importante à democracia nacional. (ROCHA, LAGES, 2017).

Porquanto, não se busca objetivamente produzir uma defesa ao sistema presidencialista, mas sim, através do método hipotético-dedutivo, sustentar a inviabilidade política para a implementação do regime parlamentar no cenário político nacional, que institucionalmente se exprime através do presidencialismo de coalizão.

5. CONCLUSÃO

Como visto, por todo o àquilo que foi discorrido no corpo do texto este estudo está alinhado a tese balizada pela seguinte premissa: não é possível a implementação de um sistema de governo parlamentar em nossa democracia, sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esta conclusão se deve, principalmente, a somatória de três fatores preponderantes, um de cunho histórico, outro de cunho jurídico, e, por fim um fator genuinamente político.

A rigor, começemos a discorrer acerca do fator histórico que também pode ser chamado de fator cultural. Este, ligado a interdependência da população brasileira em possuir uma pessoa que concentre as funções de chefia de Estado e Governo, pois, como visto o Brasil em toda a sua história republicana possui apenas um pequeno hiato de tempo, onde vigorou um sistema que fosse diverso do Presidencialista. No entanto, importante frisar, que diferentemente

dos outros fatores, este não caracteriza uma limitação, mas sim uma circunstância cultural, situação que deve ser levada em conta, no momento que tratamos de um assunto tão sutil ao Estado de Direito.

Dando sequência, e, aqui sim temos uma limitação, devemos retratar o fator de cunho jurídico. O Presidencialismo foi instaurado, em nosso país, por intermédio de um Plebiscito, que fora instituído pelo Poder Constituinte Originário, no Artigo 2º, dos Atos das Disposições Transitórias Constitucionais, logo, a sua alteração só poderia ocorrer mediante a realização de um novo plebiscito, que, em tese, deverá ser convocado pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, sendo posteriormente submetido apreciação do povo.

Entretanto, como se notou, esse evento é impraticável, visto que o artigo 2º do ADCT, constitui uma norma constitucional de eficácia exaurida, tendo seus efeitos atingidos em sua plenitude com a realização do Plebiscito de 21 de abril de 1993, não podendo então, ser objeto de reforma uma norma que na prática foi revogada tacitamente. Ademais, importante frisar, que as normas do ADCT, só podem ser reformadas quando não atingiram o objetivo almejado pelo constituinte, o que não se vislumbra no caso do referido artigo, pois o processo plebiscitário foi realizado, e de forma *una*, conforme a intenção da Assembleia Nacional Constituinte.

Por fim, o último dos fatores se trata de uma limitação de ordem prática, em caso de implantação de um regime parlamentar em nossa democracia, este não se sustentaria por si só. Um dos pilares de nosso Estado, com a redemocratização é o pluripartidarismo, que enseja uma fragmentação constante nos assentos do Congresso Nacional, marcado pela dificuldade da formação de grandes blocos parlamentares. Prova disso, é que em menos de 30 anos dois presidentes foram depostos em processos parlamentares. Assim sendo, a instabilidade política aumentaria de forma exponencial, pois nessas hostis condições um Primeiro-Ministro seria facilmente destituído, e o Parlamento dissolvido.

Deste modo, percebe-se que o Brasil não comporta um o Regime Parlamentar, isto não quer dizer que o Presidencialismo não é dotado de falhas e imperfeições, mas sendo àquele sistema escolhido pelo povo, deve ser corrigido, de modo a criar condições para que seja exercido em sua plenitude, não permitindo então, que mudanças abruptas ocorram em momentos de crises institucionais, de modo que não seja comprometida a Constituição, e, junto com ela nossa Democracia.

REFERÊNCIAS

AUAD, Denise et al. Mecanismos de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, n. 1, p. 291-323, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Disposições Constitucionais Transitórias**, p. 491, in: CLÈVE, C. M.; BARROSO, L. R. (Org.). Doutrinas Essenciais ao Direito Constitucional, RT, 2011. v. 1, p. 489-505.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ADI: 830 DF, Relator: Ministro. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 14/04/1993, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 16-09-1994 PP-24278 EMENT VOL-01758-01 PP-00156.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 22972 DF. Impte.(s) Jaques Wagner e outro (a/s). Adv.(a/s) Alberto Moreira Rodrigues. Impdo.(a/s) Presidente da Câmara dos Deputados. Impdo.(a/s) Presidente da

Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 12 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1687717>;

BRASIL. **Atos das Disposições Constitucionais Transitórias**, 05 de outubro de 1988;

BULOS, Uadi Lammêgo. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANOTADA**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL** – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2015.

CÂMARA FEDERAL. **30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>. Acesso em: 25 de outubro de 2022.

CONGRESSO NACIONAL. **ATA DA 341ª SESSÃO, EM 5 DE OUTUBRO DE 1988**. Brasília, 05/10/1988. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf> 25/10. Acesso em: 25 out. 2022.

DAMBROS, Elita et al. **O PLURIPARTIDARISMO E A REPRESENTATIVIDADE SOCIAL NA DEMOCRACIA NACIONAL**. Extensão em Foco (ISSN: 2317-9791), v. 5, n. 1, 2017.

MARQUES, Heitor Romero. **METODOLOGIA DA PESQUISA E DO TRABALHO CIENTÍFICO**. 4. ed. Campo Grande: UCDB, 2014.

MARTINS, Flávio. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 15 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Filomeno; SOBRINHO, Luis Lima Verde. Quedas democráticas de governo: o impeachment no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentaristas. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 21, n. 21, p. 45-71, 2016.

ROCHA, Breno Dias; LAGES, Cintia Garabini. A análise do parlamentarismo ante a crise política de 2015 sob a égide da constituição da república federativa de 1988. **Sinapse Múltipla**, v. 6, n. 2, p. 213-217, 2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. **PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: DEMOCRACIA E GOVERNABILIDADE NO BRASIL**. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 20, n. 20, p. 253-299, 2016.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24ª Ed. 5ª tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE, **PLEBISCITO SOBRE FORMA E SISTEMA DE GOVERNO COMPLETA 20 ANOS**. Brasília, 23/04/2013. Disponível em <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2013/Abril/plebiscito-sobre-forma-e-sistema-de-governo-completa-20-anos>. Acesso em: 25 out. 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 18/05/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 21/05/2022
- Avaliação 1: 11/07/2022
- Avaliação 2: 11/10/2022
- Decisão editorial preliminar: 23/10/2022
- Retorno rodada de correções: 02/11/2022
- Decisão editorial/aprovado: 06/11/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A INCLUSÃO DIGITAL COMO GARANTIA DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO: OS CONTRIBUTOS DE JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO PARA UMA TEORIA DEMOCRÁTICA DO PROCESSO NA ERA DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

DIGITAL INCLUSION AS A GUARANTEE OF THE CONSTITUTIONAL PROCESS MODEL: JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO'S CONTRIBUTIONS TO A DEMOCRATIC THEORY OF PROCESS IN THE ERA OF TECHNOLOGICAL REVOLUTION

ANA LÚCIA RIBEIRO MÓL¹
EDILENE LÔBO²

RESUMO

As grandes transformações da humanidade nas últimas décadas podem ser atribuídas ao uso da tecnologia, que vem ganhando cada vez mais espaço em todos os níveis da sociedade, por facilitar e acelerar a execução das mais variadas espécies de atividades. A extensão de sua aplicação na jurisdição e no processo mostrou-se, portanto, inexorável, trazendo consigo não apenas as vantagens de seu uso, mas também os riscos que lhes são inerentes. A possibilidade de violação de direitos como o acesso às novas tecnologias e a não discriminação algorítmica redundam num contexto de exclusão digital, que precisa ser considerado e analisado pela ciência processual, na busca pela construção de uma teoria democrática e inclusiva do processo digital, sendo este o objetivo deste artigo. Por meio do método descritivo e a partir de uma pesquisa bibliográfica, entendeu-se que a estruturação de uma teoria nesses moldes passa necessariamente pela assimilação irres-

- 1 Mestrado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. MBA em Direito Tributário pela FGV. Pós-graduação lato sensu em Direito Econômico e Empresarial pela Universidade Estadual de Montes Claros/MG. Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros/MG. Procuradora do Município de Montes Claros. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1686178234063670>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3486-0215>.
- 2 Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005). Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna (1995). Professora do Mestrado e da Graduação em Direito pela Universidade de Itaúna. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/6348105561410653>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4043-0286>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

MÓL, Ana Lúcia Ribeiro; LÔBO, Edilene. A inclusão digital como garantia do modelo constitucional de processo: os contributos de José Alfredo de Oliveira Baracho para uma teoria democrática do processo na era da revolução tecnológica. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 243-255, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9099>.

trita das contribuições teóricas de José Alfredo de Oliveira Baracho, a partir das quais é possível estabelecer um modelo constitucional do processo digital, centralizando-o como garantia autônoma prevista na Constituição, voltado para a construção de um espaço participado, inclusivo e isonômico de consolidação de direitos e, portanto, da própria cidadania.

Palavras-chave: Revolução tecnológica. Exclusão digital. Processo eletrônico. Teoria constitucionalista do processo.

ABSTRACT

The great transformations of humanity in the last decades can be attributed to the use of technology, which has been gaining more and more space at all levels of society, for facilitating and accelerating the execution of the most varied types of activities. The extension of its application in the jurisdiction and in the process proved to be inexorable, bringing with it not only the advantages of its use, but also the inherent risks. The possibility of violating rights such as access to new technologies and algorithmic non-discrimination results in a context of digital exclusion, which needs to be considered and analyzed by procedural science, in the search for the construction of a democratic and inclusive theory of the digital process, which is the purpose of this article. Through the descriptive method and from a bibliographical research, it was understood that the structuring of a theory along these lines necessarily passes through the unrestricted assimilation of the theoretical contributions of José Alfredo de Oliveira Baracho, from which it is possible to establish a constitutional model of the process digital, centralizing it as an autonomous guarantee provided for in the Constitution, aimed at building a participatory, inclusive and isonomic space for the consolidation of rights and, therefore, of citizenship itself.

Keywords: Technological revolution. Digital exclusion. Electronic process. Constitutionalist theory of process.

1. INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos, surgidos ao final do século XX e potencializados a partir do século XXI, têm gerado transformações profundas na sociedade e na economia. A passagem de um mundo dialógico para um mundo digital não ocorreu, nem vem ocorrendo, de forma paulatina, mas ao contrário tem se dado abruptamente, em caráter disruptivo que, muitas vezes, obsta maior reflexão sobre os impactos e riscos que podem decorrer de sua consolidação.

A extensão dessas mudanças permite afirmar, sem sombra de dúvidas, que não há precedente histórico comparável com o que se vivencia a partir da revolução tecnológica, até porque as inovações nessa esfera tendem a aumentar e a fundir-se de modo exponencial e irrestrito.

É de se ressaltar que as novas diretrizes traçadas pelos meios e instrumentos digitais têm impactado, inclusive, a esfera de prerrogativas dos indivíduos, que, para não serem alijados dos sistemas e meios digitais atualmente tão arraigados no contexto social, demandam a garantia de novos direitos, com especial destaque ao acesso às novas tecnologias e à não discriminação algorítmica.

No entanto, e de forma pragmática, constata-se que tais direitos, recorrentemente, são desconsiderados, inclusive no exercício da atividade jurisdicional que, como não poderia deixar de ser, igualmente está inserida nos avanços trazidos pela tecnologia. O processo eletrônico é uma realidade e o uso de inteligência artificial vem avançando rapidamente na atuação do Judiciário, sem, contudo, estarem acompanhados da efetiva inclusão digital de todos.

Nessa perspectiva, surge a necessidade de se repensar o processo digital sob as diretrizes do Estado Democrático de Direito, o que demanda a imprescindível incorporação das contribuições de José Alfredo de Oliveira Baracho para a construção de uma teoria nesses moldes, sendo tal análise o objetivo principal deste estudo.

Valendo-se do método descritivo e de pesquisa bibliográfica, o artigo estruturou-se em três seções. Na primeira delas, foram abordadas as modificações trazidas pela revolução tecnológica e os novos direitos decorrentes desse contexto. Posteriormente, analisou-se os riscos da exclusão digital advindos com a utilização dos meios e instrumentos digitais na jurisdição e no processo. Ao final, foram delineadas as diretrizes de uma teoria democrática e inclusiva do processo digital e, via de consequência, de um novo modelo constitucional de processo, a partir das perspectivas teóricas do processo como garantia estabelecida na Constituição.

2. A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS

A implementação dos avanços tecnológicos vem ocorrendo, de forma voraz, desde a década de 70, momento em que se constatou o início de um crescimento vertiginoso no surgimento de recursos de tecnologia da informação e da comunicação (TICs), voltados para facilitar a vida em sociedade e as relações interpessoais.

Esse crescimento viu-se potencializado pelo desenvolvimento da internet, que desponta como um marco de relevo na consolidação e na propagação desses instrumentos tecnológicos, cujo uso passou a fazer parte de todos os domínios sociais, de forma mais ampla, e do cotidiano das pessoas, numa análise mais restrita.

Mais do que repercussões técnico-científicas, a revolução tecnológica alcança feições antropológicas, atingindo o indivíduo em sua perspectiva interna e em suas relações com seus pares, o que denota a existência de transformações geradas por esse contexto numa amplitude sem precedentes, mas, ao mesmo tempo, de caráter profundo.

Por essas razões, Klaus Schwab (2016) nomeia esse momento histórico de Quarta Revolução Industrial, destacando o caráter ilimitado e abrangente de oportunidades que podem surgir a partir dos avanços da tecnologia, que hoje são responsáveis por estabelecerem parâmetros amplamente diversificados (mas nem sempre positivos) para uma reorganização das formas de interação, de produção, de consumo e de logística da sociedade e do mercado.

Esse autor salienta, ainda, a multiplicidade de novas ferramentas que podem ser criadas a todo tempo, reforçando a rapidez com que as mudanças acontecem e os grandes impactos, sob todos os aspectos, que elas podem gerar (SCHWAB, 2016).

Dentro dessa gama variada de mecanismos de aplicação da tecnologia, as inovações tecnológicas, mais recentemente, têm sido sedimentadas por meio da utilização da inteligência artificial e pelo uso dos algoritmos para a coleta e tratamento de dados, no intuito de garantir celeridade e eficiência na condução de processos e na resolução de problemas nas mais diversas áreas.

Nesses parâmetros e por meio dessas vias, cotidianamente são criadas e desenvolvidas muitas e variadas ferramentas digitais, responsáveis por encurtar distâncias, amplificar a rede de comunicação entre as pessoas e aumentar a produtividade em escalas de grandes proporções, em períodos de tempo cada vez mais curtos.

Essas diretrizes ditadas pelo uso da tecnologia entrelaçam-se, de maneira simbiótica, aos interesses do sistema capitalista, imiscuindo parâmetros (neo)liberais nos objetivos do Estado, mesmo em seu modelo atual, classificado como Democrático de Direito.

Esse contexto revela uma tensão entre as perspectivas inclusivas de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, de elevação da cidadania e da implementação da participação popular nas várias esferas de atuação estatal próprias do Estado Democrático de Direito, de um lado, e das perspectivas excludentes de garantia de lucro a qualquer custo, de maximização de resultados e de flexibilização de direitos próprias do capitalismo, de outro. Essa dicotomia necessariamente gera um espectro de acesso restrito e cerceado aos compromissos do Estado na pós-modernidade (MORAIS, 2021).

As tentativas de superação dessa tensão, aliadas aos parâmetros estabelecidos pela revolução tecnológica, fazem emergir a necessidade de identificação de novos direitos, como o direito à não discriminação algorítmica, ao acesso às novas tecnologias, à proteção de dados pessoais no ciberespaço e à autodeterminação nos meios digitais, para exemplificar alguns deles (PÉREZ LUÑO, 2014).

Dois desses direitos, em particular, merecem análise mais acurada, por darem corpo a uma vertente do princípio da isonomia, consubstanciado na igualdade tratamento e de acesso no ambiente digital.

Um desses direitos é o da não discriminação algorítmica, que pressupõe que todos sejam tratados de forma isonômica no espaço cibernético, independentemente de raça, religião, gênero, orientação sexual ou condição financeira.

Essa prerrogativa tem como fundamento a ideia de que cada indivíduo é um ser único, de modo que suas diferenças devem ser acolhidas e protegidas inclusive no meio digital, exigindo-se que hipóteses de vulnerabilidade e não inclusão recebam o tratamento adequado e conforme as particularidades do caso (BRAGATO; ADAMMATI, 2014).

O grande desafio que tem sido enfrentado na pós-modernidade está justamente no fato de que a tecnologia e, principalmente, a criação e aplicação dos algoritmos não são neutras. Na verdade, elas trazem em si mecanismos próprios de ideologias e pragmatismos que são impelidos a quem se utiliza dos instrumentos tecnológicos, não havendo, muitas vezes, como fugir dessas imposições, dada a natural inevitabilidade do uso dos meios digitais.

Nesse sentido, é preciso esclarecer que os sistemas de inteligência artificial são constituídos a partir da inserção de informações objetivas (*input*), que deveriam gerar, como resultado, decisões também objetivas, a partir das fórmulas e correlações estabelecidas por meio dos algoritmos (*output*). Contudo, os controladores de dados, consciente ou inconscientemente, imprimem seus vieses nas bases e conexões criadas, afastando-se da ideia de neutralidade e imparcialidade que deveria pautar a aplicação desses sistemas (MENDES; MATTIUZZO, 2019).

Em virtude desses fatos, constata-se que a estruturação das relações de poder que se tem no mundo físico também é replicada no espaço cibernético, conduzindo a situações de trata-

mento discriminatório, excludente e opressor de certas classes ou grupos que se encontram em uma posição histórica de desvantagem (NEMER, 2021).

Situações de machismo, racismo, homofobia e discriminação socioeconômica acontecem diuturnamente na ambiência virtual, alijando desse contexto a tecnodiversidade, que é (ou deveria ser) característica do pluralismo próprio de um modelo de sociedade que se pressupõe como democrática.³

O pior é que tais situações acontecem de forma mascarada, porque levadas a cabo através do enviesamento dos algoritmos, cujo uso e funcionamento não se dá a olhos vistos do usuário, mas por trás de fórmulas e números opacos que constroem os dados e os produtos finais efetivamente consumidos. O próprio modo de criação dos algoritmos é obscuro e, justamente por essa circunstância, fomenta que sua instituição e aplicação indevidas sejam estimuladas, quando na realidade deveriam ser tolhidas.

O segundo direito que delinea a perspectiva de isonomia no meio digital é o direito de acesso às novas tecnologias. Tal prerrogativa decorre da necessária utilização dos meios e instrumentos digitais na pós-modernidade não apenas para atos comezinhos do cotidiano da sociedade, mas também, e principalmente, para a consecução de direitos basilares dos indivíduos. Em outras palavras, a inevitabilidade e a incorporação dessas ferramentas em todos os setores sociais e econômicos demanda que a sua disponibilidade seja igualmente franqueada às pessoas de forma integral.

Nessa linha, tem-se que o uso da internet, de aplicativos e de ferramentas tecnológicas em geral tem sido exigido como requisito essencial para o acesso a benefícios previdenciários e governamentais, a certidões emitidas pelo Poder Público, ao peticionamento junto a órgãos administrativos, à participação em certames licitatórios, e, ainda, para se permitir o próprio acesso à função jurisdicional, apenas para citar alguns exemplos.

Em virtude dessas circunstâncias, o acesso às novas tecnologias desponta como um direito de inegável relevo na atualidade, eis que imprescindível à concretização da própria cidadania, na medida em que se avulta como via de acesso a outros tantos direitos e garantias fundamentais.

Não obstante a sua imprescindibilidade, e, inclusive, a sua classificação como direito de natureza fundamental (PÉREZ LUÑO, 2013), sua efetiva garantia ainda não é assegurada de forma plena, existindo um grande número de pessoas alijadas dos meios digitais, seja pela falta de ferramentas básicas de conexão, seja pelo analfabetismo digital, consubstanciado na ausência de conhecimentos técnicos suficientes para o manejo dos instrumentos tecnológicos.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2021), com dados colhidos no final do ano de 2019, constatou-se que 12,6 milhões de domicílios no Brasil não possuem acesso à internet, sendo que desse percentual 26,2% apontaram como razão para a desconexão o alto custo do serviço, e para 25,7% o motivo estava no desconhecimento quanto à forma de utilização.

3 A autora Cathy O'Neil (2020), em sua obra "Algoritmos de destruição em massa" revela, de maneira pragmática, como o uso enviesado dos algoritmos fomenta a desigualdade de todos os níveis. Essa utilização indevida é por ela denominada de "Armas de Destruição Matemática" (ADM's) e é capaz de gerar graves danos aos indivíduos que fazem parte dos grupos normalmente marginalizados, estabelecendo um ciclo vicioso assimétrico difícil de ser rompido.

O pior dessa situação é que a desigualdade de acesso às novas tecnologias, tal qual exposto em relação ao direito à não discriminação algorítmica, reverbera, em última análise, situações de desigualdades há muito tempo arraigadas na sociedade, como aquela de caráter socioeconômico. É de se notar, para ratificar o que ora se diz, que na maior parte dos domicílios sem acesso à internet a renda média familiar per capita é de R\$ 682,00 (seiscentos e oitenta e dois reais) (IBGE, 2021), ou seja quase a metade do salário mínimo em vigor na época da pesquisa, o que revela uma triste realidade de violação de direitos àqueles que mais precisam.

As situações expostas denotam que a existência de novos direitos constituídos a partir da realidade estabelecida pela revolução tecnológica trazem consigo novos desafios e riscos, cujo enfrentamento tem exigido uma abordagem própria e nem sempre fácil de ser conduzida, mas que precisa ser pensada e repensada, na busca pela garantia de inclusão de todos no sistema de direitos legítima e democraticamente conferido aos indivíduos (LÔBO; MORAIS; NEMER, 2020).

Nesse contexto, o direito à não discriminação algorítmica e o direito de acesso às novas tecnologias se complementam como direitos fundamentais⁴, na medida em que o tratamento isonômico passa não somente pela necessidade de uma conduta omissiva, no sentido de se proibir a prática de atos discriminatórios, mas também pela necessidade de que sejam adotadas condutas comissivas, voltadas para a realização de ações concretas de inclusão dos indivíduos marginalizados.

3. NOVAS TECNOLOGIAS, JURISDIÇÃO E PROCESSO DIGITAL: AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E OS RISCOS DECORRENTES DE SUA APLICAÇÃO

Os avanços tecnológicos nítida e visualmente se espalharam na dinâmica da vida social e da economia, exigindo-se, a partir de uma perspectiva democrática e inclusiva, que os direitos decorrentes de seu desenvolvimento, como a não discriminação algorítmica e o acesso às novas tecnologias, sejam efetivamente garantidos.

No exercício da atividade jurisdicional, inclusive por se tratar de uma das funções essenciais do Estado, o uso da tecnologia tem se consolidado a passos largos, não se restringindo somente à mudança do seu meio de desenvolvimento – dos autos físicos aos autos eletrônicos –, mas também pelo uso de algoritmos e da inteligência artificial como auxílio⁵ na condução das demandas⁶ (NUNES; PEDRON; BAHIA, 2020).

4 A classificação desses direitos como fundamentais decorre da sua imprescindibilidade para a consolidação das diretrizes fundantes da dignidade humana (SARLET, 2015), já que tanto a discriminação algorítmica, como a falta de acesso às novas tecnologias impedem que as pessoas se desenvolvam em suas potencialidades mais básicas como indivíduos, ou como partes de uma sociedade.

5 Até o momento, o uso da inteligência artificial tem sido utilizado no Brasil apenas como um mecanismo facilitador do exercício da função jurisdicional. Mas não se olvida que seu uso pode ser intensificado, chegando-se, até mesmo, à possibilidade de decisões jurisdicionais por máquinas, com a literal substituição do juiz humano pelo juiz robô.

6 O uso da inteligência artificial é uma realidade na atuação dos Tribunais brasileiros e sua expansão tem sido constatada na prática. A título de exemplo, no Supremo Tribunal Federal tem sido utilizado o sistema de inteligência artificial denominado Victor, que classifica processos, especialmente em face de temas de repercussão geral. No início de 2022, essa Corte lançou o sistema RAFA 2030 (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030), cujo objetivo também é classificar processos, mas de

A informatização do Judiciário brasileiro é uma realidade. Em sua última pesquisa anual divulgada sobre as condições de exercício da jurisdição, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) informou que, no ano de 2020, 96,9% dos processos iniciados no período foram eletrônicos (CNJ, 2021a). Além disso, esse órgão estabeleceu, por meio da Resolução nº 420, de 29 de setembro de 2021, a obrigatoria adesão ao processo eletrônico pelos Tribunais brasileiros e o desenvolvimento de um plano nacional para virtualização dos autos que ainda tramitam em meio físico, plano este que deve ser cumprido até 31 de dezembro de 2025 (CNJ, 2021b).

A utilização da via eletrônica para a tramitação de processos deu-se, tal qual a grande maioria das inovações tecnológicas, para permitir seu desenvolvimento de forma mais efetiva, rápida e prática. A facilidade de acesso aos autos digitais, a todo tempo e em qualquer lugar, por certo, possibilitou que tais objetivos se concretizassem.

Contudo, e sob um outro viés, o processamento eletrônico das ações jurisdicionais não tem permitido a ampla publicidade dos atos processuais e o irrestrito acesso às demandas que não tramitam em segredo de justiça, como ocorria com os autos físicos. Não obstante a exigência legal e constitucional de que esses princípios sejam observados, na realidade o que se vê é que o exame dos autos eletrônicos somente é possível aos advogados que possuam certificado digital. De forma específica, as partes do processo também podem visualizá-lo em sua integralidade. Contudo, a terceiros o acesso é extremamente restrito, eis que estão aptos a ver apenas seu andamento e alguns atos processuais pontuais.

Nessa linha, a sistemática hoje válida para o processo eletrônico torna a publicidade e o livre acesso às demandas letra morta na lei, impedindo a necessária transparência decorrente dessas garantias processuais.

Mais ainda, ratifica a situação de segregação de parcela considerável da população, que, como visto, sequer tem acesso à internet ou aos aparelhos necessários para uma adequada conexão ao sistema de processos digitais, ou, mesmo possuindo, não detém a habilidade necessária para a navegação nesse sistema, tudo isso em claro reforço à marginalização dessas pessoas.

Essa situação é ainda mais grave quando se tem em mente os procedimentos legais que permitem o *jus postulandi*, já que as partes, nesses casos desacompanhadas de representação técnica, enfrentam grandes obstáculos para a efetivação dos seus direitos por meio da jurisdição ou, no mínimo, para a adequada ciência do desenrolar das ações jurisdicionais já propostas.

Por óbvio, essas situações antes afastam a sociedade da efetiva participação e fiscalização na atuação do Judiciário, do que o contrário, fomentando situações de exclusão digital que não podem ser aceitas num Estado Democrático de Direito.

A questão que se levanta, é preciso deixar claro, não é criar óbices ou tentar impedir que as novas tecnologias avancem também para a atividade jurisdicional. Ao contrário, quando bem aplicadas, elas reforçam a importância e a eficiência dessa função estatal como forma de solução dos conflitos de interesses. O ponto que se questiona é que as vantagens de seu uso devem ser para todos, e não somente para uma parcela da sociedade.

forma específica aqueles relacionados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável estabelecidos na Agenda 2030, pela Organização das Nações Unidas (STF, 2022).

Ainda em relação à exclusão digital, é preciso que a ampliação do uso da inteligência artificial e de algoritmos na atuação do Judiciário se dê com a parcimônia necessária para que não sejam endossadas hipóteses de discriminação na via digital.

O enviesamento na constituição e aplicação dos algoritmos, replicada no exercício da jurisdição, ganha níveis de gravidade bastante extensos, já que contamina a perspectiva do processo como garantia de efetivação dos direitos fundamentais, reduzindo-o a um mero instrumento de recrudescimento de atos discriminatórios e geradores de desigualdades sociais.

A potencialidade lesiva, nessas hipóteses e por conta disso, é nitidamente maior, se comparada a outras situações do cotidiano, até porque sua aplicação necessariamente se dará em relação a uma elevada quantidade de pessoas (BOEING; ROSA, 2020).

É importante salientar que a utilização da inteligência artificial na condução de demandas jurisdicionais no Brasil ainda, e pelo menos ao que se saiba, é incipiente, no sentido de que tem servido mais para identificar temáticas de recursos, cotejá-los com precedentes judiciais e medidas do gênero. Em outras palavras, não se tem notícia de decisões judiciais proferidas por máquinas, e ratificadas pelo juiz, ou integralmente construídas por elas.

De qualquer modo, mesmo quando utilizados como meros auxiliares dos juízes, a aplicação dos modelos algorítmicos não deixa de implicar riscos consideráveis. Nessa sua atuação, filtrando para o julgamento do magistrado normas ou precedentes que poderiam ser aplicáveis ao caso, ou mesmo padrões de documentos que poderão servir como fundamento para um ato decisório, o uso dos algoritmos tende a fortalecer e sedimentar entendimentos. O simples apontamento de outras hipóteses concretas semelhantes ou importantes já indica efetiva ingerência na construção do ato decisório (BOEING; ROSA, 2020).

Nessa situação, se o modelo foi construído a partir de perspectivas enviesadas e distópicas, a sua replicação se dará de maneira mais profusa se comparada às hipóteses de decisões emitidas por juízes. Nesse último caso, o vício no pronunciamento jurisdicional pode ser apurado e corrigido com mais eficiência, porque feita por seus pares. Em decisões de alguma forma automatizadas, muitas vezes, a percepção do equívoco na construção do padrão – se ocorrida – por certo apenas se dará após a reiteração e replicação do equívoco em grandes proporções.

Para demonstrar que essas constatações não se limitam ao campo das ideias, destaca-se que nos Estados Unidos já foram constatados na prática os efeitos deletérios de modelos algorítmicos discriminatórios e, o que é pior, em ações criminais. Cathy O’Neil (2020) destaca que em 24 estados foram adotados sistemas de reincidência, para auxiliar julgadores no momento de fixação da pena, considerando o potencial de periculosidade que aquele preso representaria para a sociedade. A proposta era a de que a utilização de modelos algorítmicos permitiriam decisões mais objetivas e com menor influência do temperamento do juiz, ao julgar demandas dessa espécie.

Contudo, posteriormente constatou-se que os algoritmos utilizavam-se de dados que, muitas vezes, não levavam em conta as características do próprio condenado. O bairro em que residiam, ou a existência de antecedentes criminais de seus familiares e amigos, por exemplo, eram questões levadas em conta na análise da probabilidade da reincidência (O’NEIL, 2020).

Nesse sentido, os padrões utilizados contaminavam os resultados e redundavam em discriminações raciais e socioeconômicas, estabelecendo, no final das contas, um ciclo discriminatório que se retroalimentava, uma vez que pessoas negras e pobres acabavam sendo

punidas com penas maiores e, marginalizadas por essa situação, retornavam para o bairro de origem, com dificuldades de se reinserir na sociedade e sem possibilidade de mudança de vida.

Deve-se destacar que, em sistemas jurídicos como o brasileiro, se fossem considerados aqueles mesmos padrões para fundamentar uma decisão, esta, por certo, seria questionada, porque é vedado pela Constituição julgar um indivíduo por fatos e circunstâncias não relacionados a ele. No entanto, quando essa questão é ocultada pelos algoritmos, o vício é difícil ou impossível de ser constatado, seja pelos ares de cientificidade que lhe são atribuídos, seja por sua característica obscuridade, ou mesmo por serem incompreensíveis pela maior parte da sociedade (BOEING; ROSA, 2020).

É possível verificar, então, que a discriminação algorítmica pode ocorrer também no processo digital, conduzindo a resultados de alto nível de gravidade, dada a possibilidade real de violação de direitos fundamentais básicos. O uso dos algoritmos precisa, nesse sentido, ser feito com responsabilidade, transparência e ampla fiscalidade, no intuito de se (tentar) impedir que hipóteses de segregação e preconceito fiquem afastadas da atuação jurisdicional e do espaço dialógico do processo.

4. POR UMA TEORIA DEMOCRÁTICA E INCLUSIVA DO PROCESSO DIGITAL: A IMPORTÂNCIA DAS DIRETRIZES TEÓRICAS TRAÇADAS JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Na linha da exposição anterior, a desconsideração dos direitos de não discriminação algorítmica e do acesso às novas tecnologias pode ensejar situações de exclusão digital no exercício da jurisdição e no processo. Por outro lado, a utilização dos meios e ferramentas tecnológicos é um caminho sem volta, inclusive na atuação do Judiciário. É preciso, então, que sejam repensadas formas de compatibilizar o uso dessas inovações com as perspectivas de um processo democrático.

Nesse desiderato, não se pode pensar em uma teoria democrática do processo digital sem analisar as contribuições teóricas de José Alfredo de Oliveira Baracho para a ciência processual pós-moderna, que certamente representaram e ainda representam um marco em sua evolução científica e na consolidação do modelo constitucional de processo.

Baracho construiu uma teoria do processo a partir da Constituição, trazendo como premissa básica de suas proposições a necessária e intrínseca relação entre os sistemas processual e constitucional, o que o integrou ao grupo de teóricos da linha constitucionalista do processo. Entretanto, mais do que estabelecer essa correlação – que, por si só, já representou um avanço científico considerável –, Baracho foi responsável por alçar o processo à categoria de verdadeira garantia constitucional (BARACHO, 1982).

Em outras palavras, para Baracho não seria a constitucionalização das garantias processuais que daria ensejo à ideia de um processo constitucional. Essa perspectiva, na verdade, e mais que isso, decorreria da conclusão alcançada por ele de que o próprio processo seria

uma garantia constitucional autônoma, responsável por efetivar outros direitos e garantias fundamentais, formando padrão sistêmico de proteção do indivíduo.

Nas palavras do autor,

O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis (BARACHO, 2006, p. 12).

O processo-garantia, sob essa visão, deve ser assim considerado e concretizado não apenas pelo que dispõe a Constituição, mas por toda a regulamentação estabelecida pelo ordenamento jurídico, que não deve incorporar padrões retóricos e ilusórios, mas formas que verdadeiramente permitam que o indivíduo possa implementar os direitos que lhe são resguardados pelo sistema jurídico.

Seguindo essa linha de raciocínio, Baracho propõe a configuração de um modelo constitucional de processo, no qual devem ser necessariamente asseguradas as garantias conformadoras do devido processo, especialmente o direito de acesso à jurisdição, os direitos de ampla defesa e contraditório, o direito à prova, o direito à tramitação do processo sem dilações indevidas e o direito à reapreciação das decisões por meio dos recursos (BARACHO, 2004).

Através dessas prerrogativas afasta-se a ideia de construção solitária da decisão jurisdicional pelo juiz, estabelecendo-se os parâmetros para uma efetiva discursividade e participação de todos os sujeitos processuais na elaboração do ato decisório, com liberdade e isonomia. Deixa-se de lado, portanto, a perspectiva do processo como um instrumento da jurisdição ou do julgador.

Nesse intento, a publicidade e a transparência posicionam-se como exigências necessárias ao adequado e legítimo exercício da função jurisdicional, pois possibilitam sua fiscalização pela sociedade e pelas partes, afastando-se arbitrariedades e situações de abuso de poder (BARACHO, 2006).

É importante salientar que, ao delinear os contornos do processo a partir da Constituição e da efetiva participação das partes no desenvolvimento e nos resultados da atuação judicante, Baracho vincula o processo à concretização da própria cidadania, uma vez que o posiciona como uma garantia inclusiva do cidadão, na efetivação dos seus direitos constitucionalmente assegurados.

Quando o indivíduo é disposto e considerado como um sujeito de direitos, no plano real e não fictício, ele se vê inserido na sociedade e a ele é possibilitada não apenas uma participação política, restrita à democracia representativa ou aos instrumentos de democracia direta, mas uma efetiva atuação nos rumos das atividades estatais, em todos os níveis, o que se dá especialmente por meio do processo.

Justamente em decorrência dessas circunstâncias é que se mostra essencial que a todos seja assegurado o acesso ao processo, inclusive e principalmente àqueles que corriqueiramente são alijados do sistema de efetivação de direitos.

É possível garantir a todos o acesso igual e efetivo à justiça, como as pessoas carentes de recursos econômicos, pessoas sem instrução, trabalhadores estrangeiros, que não tenham o reconhecimento de seus direitos e se o fazem, estão em desvantagem social, econômica, política e judicial.

A consolidação do processo constitucional demanda análises profundas de todos os instrumentos que levam ao seu aprimoramento efetivo e eficaz, na defesa dessa multiplicidade de direitos, interesses e situações diversas que necessitam soluções urgentes e interpretações modernas (BARACHO, 2006, p. 21).

Apesar de suas diretrizes teóricas terem sido erigidas no final do século XX, portanto sem a influência tão acentuada das novas tecnologias no exercício da jurisdição e na condução de procedimentos jurisdicionais como ocorre nos dias de hoje, as proposições de Baracho são imprescindíveis para a construção de uma teoria democrática do processo digital. E, para a aplicação de suas concepções nessa seara, é imprescindível que se estabeleçam parâmetros inclusivos do indivíduo na atuação do Estado, ainda que essa se dê pelos meios eletrônicos, até mesmo para que se possibilite a ampla participação e discursividade características do processo-garantia.

Pela análise constitucionalista proposta por Baracho, o Estado Democrático de Direito não se satisfaz pelo acesso ao processo, como garantia constitucional de concretização de direitos, para a maioria das pessoas. É preciso que literalmente todos possam dele se valer para alcançar as prerrogativas que lhe são asseguradas pelo ordenamento jurídico, dada a sua intrínseca relação com as diretrizes estabelecidas pela cidadania e pela própria dignidade da pessoa humana. Ressalte-se que essas diretrizes não podem ser mitigadas ou simplesmente deixadas de lado em decorrência da inevitável aplicação dos avanços tecnológicos na jurisdição e no processo.

Nessa perspectiva, a instituição de um processo digital democrático perpassa pela exigência de se impedir situações de exclusão, seja pela falta de instrumentos e meios tecnológicos necessários à participação em processos eletrônicos, seja pela discriminação algorítmica que pode atingir o exercício da jurisdição.

A par da exigência de políticas públicas voltadas para se efetivar o direito fundamental de acesso às novas tecnologias, o próprio processo, em sua feição coletiva, desponta como uma via de grande importância para sua concretização, exatamente porque viabiliza a discussão e permite a observância de direitos transindividuais, gênero do qual faz parte.

Ainda para que se afastem medidas discriminatórias no âmbito do processo eletrônico, faz-se necessária a construção transparente dos padrões algorítmicos utilizados na atuação do Judiciário, com a realização de auditorias periódicas em relação aos resultados de sua aplicação, para o fim de serem corrigidas eventuais distopias (BOEING; ROSA, 2020).

A transparência e a publicidade, como ressaltado linhas atrás, são dimensões claramente relevantes no delineamento de uma teoria democrática do processo digital, especialmente quando se considera que a opacidade tem sido uma constante no uso da tecnologia, inclusive para obstar a sua fiscalização e conseqüente objeção, estabelecendo-se um padrão despótico e arbitrário, completamente reverso às orientações próprias de uma democracia.

Desse modo, um modelo constitucional de processo digital, a partir das digressões teóricas de Baracho atualizadas para o contexto da revolução tecnológica, exige que sejam observadas não apenas as garantias ínsitas ao devido processo, mas também os direitos fundamentais de acesso às novas tecnologias e de não discriminação algorítmica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento e a consolidação das novas tecnologias é uma realidade indissociável da vida pós-moderna. E, como tal, vem tomando parte também do exercício da jurisdição e do processo, com o objetivo principal de imprimir celeridade e eficiência na resolução dos conflitos perante o Judiciário.

Contudo, a aplicação dos avanços tecnológicos nessa ambiência gera riscos que precisam ser enfrentados, e a exclusão digital é uma delas. O processo eletrônico, na forma como se encontra hoje, não é para todos. É preciso que essa situação se torne clara e visível, para que não seja replicada e não se aprofundem as desigualdades já historicamente arraigadas na sociedade brasileira.

Deve-se deixar claro que não se trata de afastar ou impedir que os instrumentos e meios digitais sejam utilizados no exercício da atividade jurisdicional, o que poderia conduzir a uma perspectiva tecnofóbica, que, a bem da verdade, não resolve o problema e nem pode ser empregada como uma via factível, dada o caráter inexorável das mudanças implementadas pela revolução tecnológica. Ao revés, a condução dessas transformações deve ser pautada pelo equilíbrio, de modo que sejam aproveitadas as inegáveis vantagens do processo digital, sem se descuidar da garantia de que todos possam delas usufruir.

Nessa perspectiva, as lições de José Alfredo de Oliveira Baracho despontam como importante fonte para a construção de uma teoria verdadeiramente democrática do processo digital. As contribuições do autor ao dispor o processo como garantia constitucional autônoma representam um progresso de extrema relevância para a ciência processual, especialmente por reforçar, de maneira consequencial, as diretrizes próprias da cidadania. Baracho propõe que o processo seja um espaço de participação dos sujeitos processuais na construção do ato decisório, afastando-se arbitrariedades e discriminações de qualquer espécie, principalmente por meio das prerrogativas inerentes ao devido processo.

Trazendo a aplicação da teoria constitucionalista do processo para o contexto da revolução tecnológica, tem-se a exigência da formação de um ciclo virtuoso: a garantia de amplo acesso às novas tecnologias e a vedação de discriminação algorítmica, que permite a participação de todos no processo digital de forma isonômica e inclusiva, capaz de assegurar a adequada aplicação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, como forma de concretizar, em sua plenitude, a cidadania.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 23-25, p. 59-103, mai/out. 1982.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 90, p. 69-170, jul./dez. 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar**. Pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

MORAIS, José Luís Bolzan de. O Estado de Direito “confrontado” pela “revolução da internet”! In: MORAIS, José Luís Bolzan de; LOBO, Edilene (Orgs.). **Temas de Estado de Direito e Tecnologia**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI; Bianka. Igualdade, não discriminação e direitos humanos São legítimos os tratamentos diferenciados? **Revista de Informação Legislativa**, a. 51, n. 204, p. 91-108, out./dez. 2014.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021a). **Justiça em números 2021**: ano-base 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 05 mai. 2022.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021b). **Resolução nº 420, de 29 de setembro de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4133>. Acesso em: 06 mai. 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/bibliotecacatalogo?view=detalhes&id=210179>. Acesso em: 20 abr. 2022.

LÔBO, Edilene; MORAIS, José Luís Bolzan de; NEMER, David. Democracia algorítmica: o futuro da democracia e o combate às milícias digitais no Brasil. **Revista Culturas Jurídicas**. v.7, n. 17, p. 256-276, mai./ago. 2020.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov./dez. 2019.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre. **Teoria geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2020.

NEMER, David. **Tecnologia do oprimido**. Desigualdade e o mundo digital nas favelas do Brasil. Vitória: Milfontes, 2021.

O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**. Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Trad. Rafael Abraham. Santo André: Rua do Sabão, 2020.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. Las geraciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 2, n. 1, p. 163-196, jan./jun.2013.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 4, n. 2, p. 08-46, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STF desenvolve Inteligência Artificial aplicada à Agenda 2030 da ONU. **Notícias do STF**, Brasília, 18 fev. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481995&ori=1>. Acesso em 12 mai. 2022.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 16/05/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 21/05/2022
- Avaliação 1: 23/05/2022
- Avaliação 2: 19/02/2023
- Decisão editorial preliminar: 20/02/2023
- Retorno rodada de correções: 10/03/2023
- Decisão editorial/aprovado: 25/03/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

ESTUDOS INICIAIS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: FERRAMENTA ACESSÓRIA OU UM NOVO SUJEITO PROCESSUAL?

INITIAL STUDIES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: ACCESSORY TOOL OR A NEW PROCEDURAL SUBJECT?

DANÚBIA PATRÍCIA DE PAIVA¹
HELENA PATRÍCIA FREITAS²

RESUMO

O presente artigo visa investigar se a inteligência artificial é capaz de se adaptar aos institutos fundamentais do processo constitucional. Sem pretender esgotar todas as questões relevantes que permeiam o tema da inteligência artificial, entende-se que é necessário questionar, inicialmente, se a inteligência artificial está sendo analisada como um novo sujeito do processo (um novo “juiz”) ou se é uma ferramenta tecnológica. O marco teórico utilizado é o Processo Constitucional. A pesquisa bibliográfica baseia-se numa abordagem crítica-reflexiva quanto ao tema-problema. A partir desse questionamento, por meio do método dedutivo, demonstra-se a necessidade de se exercer fiscalidade sobre os algoritmos e sobre as decisões robotizadas, para a efetiva garantia do devido processo constitucional.

Palavras-chave: Processo; Inteligência; Artificial.

ABSTRACT

The article aims to analyze whether artificial intelligence is able to adapt to the fundamental institutes of the process and, in this sense, it is necessary to examine the theoretical models of process and cognition, in order to assess whether this artificial intelligence is being placed in the service of the jurisdiction or if it is being assigned as a procedural subject. The issue involves the need to exercise fiscal control over algorithms and robotic decisions to effectively guarantee the due process of the Constitution. To that extent, it is necessary to ask who are the procedural subjects of jurisdictional decisions handed down robotically, thus considered as resulting from the crossing of atomized data and chosen by sampling, based on unclear criteria forming universalizing projections, in order to disregard the variables and particularities arising from specific situations that actually occurred.

Keywords: Process; Intelligence; Artificial.

- 1 Doutora em Direito Processual Civil pela PUC Minas, mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade Fumec; possui Pós-graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil pela Uniderp (2010); é graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2007) e em Gestão Pública e Direito Administrativo pelo Centro Universitário de Belo Horizonte-UNI (2004). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/5839057345626036>.
- 2 Doutoranda e Mestre em Direito Processual pela PUC-Minas (2018). Especialista em Direito Processual Constitucional (2006). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2000). Advogada. Professora em cursos de Pós-Graduação. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB-MG (2022-2024). Membro efetiva do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG), da Academia de Direito Processual (ACADEPRO), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira Elas no Processo (ABEP). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/6158398507103071>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

PAIVA, Danúbia Patrícia de; FREITAS, Helena Patrícia. Estudos iniciais da inteligência artificial: ferramenta acessória ou um novo sujeito processual?. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 256-267, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i4.9133>.

1. INTRODUÇÃO

Há consenso doutrinário no sentido de que, a partir do advento da rede mundial de computadores e do alcance global da cultura virtual, o Direito sofreu considerável alteração.

A incorporação da tecnologia da informação permitiu o surgimento de novas situações a envolver o exame da própria tecnologia, em constante evolução, e da inteligência artificial, sendo essas questões desafios constantes e atuais para pensar o Direito.

A comunidade acadêmica precisa discutir, com profundidade, os riscos da implementação das tecnologias a serviço do Direito.

A existência de um juiz robô, de automação na elaboração de peças processuais, de colheita e valoração de documentos através de máquinas, e de julgamentos colegiados, a partir de padrões decisórios (estes identificados automaticamente), parecem apontar um momento em que os algoritmos poderão assumir a função decisória.

Nessa perspectiva, deve-se questionar o seguinte: até que ponto a inteligência artificial é acessória e não um novo sujeito processual? Ainda: a inteligência artificial – como atualmente se apresenta – já é capaz de se adaptar aos institutos fundamentais do processo?

A problemática identificada para o desenvolvimento do presente artigo passa, portanto, por um exame dos modelos teóricos do processo em paralelo à supervalorização econômica, política e social da inteligência artificial.

É indubitável o fato de que nossa sociedade está cada vez mais dependente da tecnologia e dos sistemas eletrônicos, o que merece atenção. Essa dependência pode dar azo a diversas discussões.

Uma das discussões passa pela ideia de vigilância e segurança, sendo importante bem demarcar essa temática e as suas consequências. Trata-se de questão relativa à abstração, que decorre do próprio ambiente virtual e que traz problemas de confiabilidade.

No caso da inteligência artificial, há ainda problemas em relação à fiscalidade e ainda na noção de imparcialidade, o que será melhor detalhado nos itens a seguir.

Sabe-se que a tecnologia pode auxiliar o Judiciário. Entretanto, o processo, sendo garantia de direitos fundamentais, deve projetar um modelo participativo a permitir a real influência dos sujeitos processuais (autor, réu e juiz), o que é inegociável em qualquer procedimento democrático, com ou sem a inteligência artificial.

2. A VIRTUALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO JURISDICIONAL NO BRASIL

O direito processual, ao longo do tempo, sofreu grandes modificações. A partir do avanço da tecnologia, máquinas de escrever e carimbos foram substituídos por computadores.

Em fase seguinte, gradativamente o Judiciário passou a desenvolver seus sistemas de informatização processual, visando celeridade, racionalização e modernização dos procedimentos.

Com efeito, não bastava oferecer ao cidadão acesso à jurisdição. Era indispensável que o sistema processual apresentasse resultados efetivos, capazes de resolver, em tempo hábil, as pretensões levadas ao Judiciário.

Nesse cenário, o procedimento em meio virtual surgiu como uma das ferramentas necessárias para automatizar rotinas do Judiciário, bem como combater a morosidade no exercício da atividade jurisdicional.

As principais vantagens sinalizadas para essa mudança dizem respeito ao seguinte: digitalização dos autos e fim dos processos físicos, agilidade na tramitação processual, melhor custo-benefício do procedimento, redução do número de incidentes, consubstanciação dos elementos probatórios indispensáveis, redução do número de recursos, harmonia entre as instâncias e do Judiciário como um todo, redução do custo de transporte e deslocamento de pessoal (ABRÃO, 2009).

Além dessas vantagens, aponta-se, ainda para a redução de custos ambientais, associados à diminuição da impressão dos documentos, redução de custos operacionais, relacionados à entrega e ao armazenamento de documentos e processos, compartilhamento simultâneo de documentos e processos, para fins de contribuição, acompanhamento da tramitação ou simples consulta e o aumento da possibilidade de definição, coleta e utilização direta e cruzada de dados e indicadores, em razão da criação de um conjunto de bases de dados de mesma natureza (GAZDA, 2009).

Contudo, para que todos esses objetivos sejam alcançados, o Judiciário deve implementar um sistema hábil, a permitir a concretização e manutenção dos processos eletrônicos, sem criar uma espécie de *jurisdição especial* para estes.

Deste modo, uma teoria do processo virtual “adequada” ao Estado Democrático de Direito obriga a pensar uma nova política de gestão processual e uma teorização do processo para a implementação eficaz e segura do processo informatizado, revisitando conceitos e teorias, voltados à garantia de direitos fundamentais, especialmente de legitimação das decisões pela participação dos sujeitos do processo na construção do provimento (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 61).

Nesse cenário, não é possível vislumbrar que a mera informatização trará todas as melhorias acima apontadas. Nota-se que outras questões precisavam ser verificadas, no que tange, por exemplo, à segurança do sistema sob a ótica da invasão; demora na alimentação e sistematização do processo eletrônico; modificação e adulteração do armazenamento; leitura de sistemas inviabilizada pelo servidor ou gerenciador; elevado custo para consolidar o processo eletrônico; nulidades no procedimento; dificuldades da assimilação pela população desse instrumento de justiça; congestionamento do sistema; frequente perda de sinal; dentre outros (ABRÃO, 2009 p. 159).

Um outro ponto relevante se refere à capacidade de armazenar arquivos de dados permitidos pelos sistemas operacionais disponíveis (PROJUDI, E-THEMIS, E-PROC, e PJE), bem como o problema da transição do sistema processual do meio físico para o eletrônico, considerando a obrigação do Estado quanto ao cumprimento do devido processo legal no exercício da atividade jurisdicional, preservando-se transparência e fiscalidade.

Todas essas questões decorrem de problemas da desmaterialização, que advém com a virtualização do procedimento.

Essa característica não pode agravar as dificuldades que o Direito e o processo já enfrentam, de uma atuação solipsista do Judiciário, sem se preocupar em obter uma construção decisória com a participação dos seus destinatários.

No que toca à inteligência artificial, o que se verifica é que comportamentos humanos passam, então, a ser conferidos por algoritmos pré-programados; ou seja, uma sequência ordenada de instruções que direciona comandos aos robôs, de forma a otimizar atividades desenvolvidas nas mais diversas áreas. No direito processual, a inteligência artificial é também utilizada para a identificação de padrões em processos semelhantes.

Harari afirma que o século XXI será dominado por algoritmos, sendo estes uma metodologia que utiliza cálculos para definir problemas ou tomar decisões, almejando copiar os humanos em suas emoções e pensamentos (HARARI, 2016, p. 91-92)

Se Harari está correto, não há dúvida de que as partes precisam conhecer todo o processo de construção dos algoritmos, a fim de exercerem a necessária fiscalidade.

Os dados utilizados para a construção da inteligência artificial não podem ser articulados para a construção enviesada de perfis supostamente indesejáveis, capazes de gerar rejeição social ou o surgimento de grupos de excluídos.

Diante de todo o exposto, é fundamental um plano de ação voltado ao aprimoramento procedimental, de modo a viabilizar eficiência e transparência, com vista à construção democrática, observando os direitos e garantias fundamentais do processo.

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, COGNIÇÃO E OS MODELOS TEÓRICOS PROCESSUAIS

O processo é garantia de direitos fundamentais (BARROS, 2009), estruturado pela necessária observância à principiologia do contraditório, ampla argumentação, imparcialidade do julgador, buscando-se, nesse sentido, a formulação decisional fundamentada, sobretudo pela construção amparada nos argumentos e provas produzidos pelos sujeitos processuais, assim como pelo respeito à normatividade (SOARES, 2019, p. 98).

É esse arcabouço de garantias fundamentais que dá suporte à configuração do processo democrático alinhado às conformações do Estado Democrático de Direito.

Essa concepção de Processo partiu da teoria do processo como procedimento em contraditório, desenvolvida por Fazzalari, que evidenciou a necessidade do exercício dialógico, que se faz pela participação dos sujeitos em paridade. Fazallari ressaltou ainda que o contraditório se constitui pela estruturação do procedimento, consistente na efetiva participação dos destinatários do ato final (decisão), devendo as partes exercerem o controle, fiscalização dos atos praticados pelos sujeitos (FAZZALARI, 1975, p. 28-29).

A perspectiva teórica fazzalariana, de modo indubitável, representou avanço ao paradigma até então existente e prevalente, que era a teoria do processo como relação jurídica articulada

por Bülow, que deu azo à superposição do juízo às partes, colocando o processo como instrumento da jurisdição (BÜLOW, 1987; DINAMARCO, 1993).

Fazallari desenvolveu sua teoria de estruturação do processo pelo contraditório em uma circunstância em que ainda não se colocava em voga a proteção constitucional a direitos e garantias processuais.

Esse movimento de constitucionalização do processo veio com Hector Fix-Zamudio e foi açambarcado por José Alfredo de Oliveira Baracho, que enfatizou a metodologia científica de sistematização dos princípios constitucionais do processo, tendo o elevado ao patamar de metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais (BARACHO, 1984).

Na Itália, esse movimento foi articulado por Andolina e Vignera que criaram o modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

Com base na teoria fazzalariana e acoplado a esse entendimento o modelo constitucional de processo, é que se sustenta a concepção de processo como garantia de direitos fundamentais (BARROS, 2009).

Conforme ensina Bretas, “a viga-mestra do processo constitucional é o devido processo legal”, que comporta as garantias fundamentais do processo (BRETAS, 2018, p. 114).

Sustenta-se ainda que deve haver uma perspectiva processual participativa e policêntrica, de modo a permitir que os sujeitos processuais exerçam sua dialogicidade como garantia de influência, evitando-se o proferimento de decisões que extrapolem às questões fático-jurídicas postas (NUNES, 2008).

Pensando a partir de uma concepção de processo coletivo, Maciel Júnior desenvolveu a teoria das ações coletivas como ações temáticas, de modo a viabilizar a discussão por todos os sujeitos afetados por determinado fato ou situação jurídica, envolvendo, assim, a maior participação possível na formação do mérito coletivo (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 178-179).

Foi ainda desenvolvida, por Rosemiro Pereira Leal, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, que, partindo do nível instituinte da lei, afirma o processo como instituição linguístico-normativa, “que apresenta uma relação de inclusão com as ideais humanas de vida, liberdade e dignidade, daí não se conceber a vida humana sem concomitante abertura ao contraditório, ampla defesa e isonomia” (LEAL, 2013, p. 81).

Expostas, de modo breve, as premissas de algumas teorias, cumpre tratar do discurso “prático” que vem permeando a visão acerca do processo e das técnicas processuais.

Há uma tendência dos seres humanos de buscar soluções facilitadoras e ágeis a dar suporte a seus problemas, sem perquirir, todavia, quais serão os outros problemas dali decorrentes.

Nesse sentido, há que se considerar que muito das novas ferramentas adotadas pelo Judiciário estão sendo implementadas apenas pela necessidade de se reduzir a morosidade e a ineficiência.

Entretanto, há questões importantes que precisam ser analisadas, quais sejam, a efetiva imparcialidade, livre de dispersões e tendências subjetivas dos julgadores; a necessidade de fiscalidade das partes; e o efetivo papel da inteligência artificial no processo constitucional.

A incorporação da inteligência artificial como meio de produção decisória célere e padronizada, não pode ser vista como um simples encaixe da situação de fato a uma norma ou pre-

cedente; há muito mais a se considerar, como por exemplo, todo o discurso produzido pelas partes (MEDEIROS, 2019, p. 127).

Além disso, conforme esclarece Viana, precedente é texto carecedor de interpretação, o que retira da simples estatística o caráter de esgotamento da busca pela assertividade da decisão (VIANA, 2020, p. 37).

Desse modo, relacionando-se a perspectiva processual democrática, que compreende o processo como garantia de direitos fundamentais, e inteligência artificial, alguns pontos cruciais precisam ser aferidos, apesar de os Tribunais já estarem atuando com processos em meio digital e com a utilização da inteligência artificial.

O processo eletrônico permitiu maior facilidade para a reprodução de textos, abrindo-se caminho para a existência de *decisões em varejo*, desconsiderando o caráter interpretativo do Direito, diante da possibilidade de se reproduzir soluções de outros processos, ignorando as particularidades do caso concreto, trazendo a noção de “homogêneo” como inerente a uma sociedade globalizada e completamente absorvida pelas tecnologias de informação³.

Aponta-se também para a possibilidade de decisões (re)produzidas, de baixa qualidade técnica e jurídica, bem como para o surgimento de um Judiciário carente de significação, desmaterializado, destemporalizado e desumanizado. Além dos possíveis problemas decorrentes da facilidade de reprodução de modelos de decisão, outras questões precisam ser consideradas.

Contudo, a maior preocupação se encontra no emprego de técnicas de inteligência artificial para solução dos litígios.

Trata-se, na verdade, da etapa seguinte à da informatização dos procedimentos, a chamada informática decisória. Refere-se, portanto, à automatização dos procedimentos⁴.

A automatização pode configurar filtros indevidos ou mesmo jurisprudência defensiva, com a criação de entraves formalistas e muitas vezes contrários à lei, em detrimento do devido exame do mérito e da solução constitucional da controvérsia.

Além disso, através de técnicas de programação denominadas redes neurais, é possível ensinar um computador, por exemplo, a propor penas para alguns crimes a partir de certos padrões extraídos do *Big Data*.

A utilização da inteligência artificial a serviço do Direito faz surgir um Judiciário robotizado e *inteligente*, que aprendeu a julgar aplicando, para casos semelhantes, padrões de julgamento⁵.

3 Nesse ponto, consideração importante foi trazida por Ariane Langner, em estudo sobre os desafios das tecnologias de informação e comunicação no processo judicial: “É sabido que os sistemas do Judiciário permitem facilmente a reprodução de modelos de decisão previamente formatados. O processo eletrônico não somente facilitará a automatização desse procedimento como, em determinada medida, irá agravar a perda da alteridade. Na tela do computador, nos processos listados para julgar, certamente tudo parecerá semelhante, e ao juiz será possível decidir sem ao menos saber o nome das partes. A indiferença e a tendência de tomar tudo homogêneo é algo próprio da sociedade excessivamente jogada nas novas tecnologias de informação e de comunicação e que sofreu a totalização da técnica. (LANGNER, 2017, p. 136).

4 Segundo Cesar Antônio Serbena, a informática decisória “é uma disciplina que investiga como os sistemas computacionais podem auxiliar o processo de tomada de decisão e, em alguns casos, até tomar decisões de maneira autônoma. Neste terceiro grau de informatização, os sistemas jurídicos são ditos inteligentes, pois, em certo sentido, podem simular, imitar a inteligência humana e, através deste processo, decidir e alcançar uma resposta para certas questões. (SERBENA, 2012).

5 Outra pesquisa que está atualmente sendo desenvolvida é a simulação de um “conciliador virtual”. Um conciliador humano poderá treinar uma rede neural para propor soluções para demandas judiciais simples; uma vez que a rede aprendeu quais os parâmetros das conciliações, pode, de maneira autônoma, gerar propostas conciliatórias de maneira automática” (SERBENA, 2012).

Decisões jurisdicionais proferidas roboticamente, a partir de critérios desconhecidos das partes, ou generalistas, sem considerar as particularidades de cada caso, significam uma revolução jurídica a exigir estudos aprofundados sobre a temática, sobretudo em relação ao tema da cognição.

O termo *cognição* é usualmente empregado para designar o próprio processo e não apenas a atividade interpretativa. Nesse sentido é que se usa as expressões *processo de conhecimento* ou *processo de cognição*.

Para o presente trabalho, contudo, o termo será utilizado para indicar a atividade de conhecimento a ser desenvolvida na estruturação do provimento jurisdicional. Segundo Kazuo Watanabe, o conceito de cognição é prevalentemente um “ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e provas produzidas pelas partes” (WATANABE, 2000, p. 58-59).

Já Fredie Didier Júnior aponta que a “análise da cognição judicial é, portanto, o exame da técnica pela qual o magistrado tem acesso e resolve as questões que lhe são postas para apreciação”. Frisa ainda o autor que a cognição não se realiza de forma solitária pelo juiz, mas conforme “um procedimento estruturado em contraditório e organizado segundo um modelo cooperativo, o que torna a participação das partes na atividade cognitiva imprescindível, e por isso muito importante” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 107-108).

Embora não se possa apontar um significado unívoco ao termo “cognição”, Dhenis Cruz Madeira, lembra que a maioria dos processualistas conceitua cognição como sendo uma atividade, técnica, método ou operação lógica do juiz para a valoração dos argumentos e provas suscitados pelas partes, para que ele possa, por ato de inteligência e após a formação de um juízo de valor, decidir sobre as questões processuais e matéria de mérito, a partir de juízos subjetivistas e de “outros fatores psicológicos, volitivos, vivenciais, culturais, humanísticos e sociais para se auxiliar na atividade cognitiva” (MADEIRA, 2008, p. 105-106 e 116).

Apesar de concordar que a cognição compreende a apreciação de provas e argumentos, referido jurista rechaça a ideia de que a *cognitio* se resume a uma técnica à disposição do juiz, na qual são revelados seus juízos de valor ou atos de inteligência ⁶.

Segundo o autor, a cognição liga-se à própria função jurisdicional e ao processo, permitindo a valoração e valorização compartilhada dos argumentos, entre todos os sujeitos processuais, nos autos cartulares ou eletrônicos.

Dos conceitos trazidos, considera-se mais acertado o apresentado acima, justamente por afastar a ideia de que a *cognitio* se resume à figura do juiz, bem como a de que são possíveis juízos subjetivistas que auxiliem a atividade cognitiva, segundo os ideais de justiça, intuição, sensibilidade, equidade, bom senso, ou outros de cunho cultural e social, aos quais não se consegue atribuir sentido único, sendo dotados de indemarkação conceitual.

6 Segundo o autor, a “cognição eleva-se à categoria de instituto jurídico e que, por isso, abriga princípios de instituto jurídico e que, por isso, abriga princípios afins. Obviamente, a cognição liga-se à própria função jurisdicional e ao processo, razão pela qual muitos de seus princípios regentes orientam também a jurisdição e o processo. Em Direito, não existe cognição fora do exercício da jurisdição e da regência principiológica do devido processo. Desta forma, no atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, a COGNICÃO pode ser conceituada como instituto jurídico regido pelos princípios diretos da função jurisdicional e institutivos do processo, que permite a valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos (cartulares ou eletrônicos), cujo exercício resulta na elaboração dos provimentos”. (MADEIRA, 2008, p. 119).

No caso da cognição a ser realizada pela inteligência artificial, o resultado da atividade cognitiva será extraído por meio de decisões e comportamentos habituais humanos, já que a ideia de inteligência artificial está interligada ao que se denomina de *machine learning* (aprendizado da máquina).

Nesse cenário, como as partes poderão exercer fiscalidade se a decisão robotizada considera dados matemáticos e algoritmos? Como garantir que dados extraídos de sistemas próprios do Judiciário, podem dar azo a decisões imparciais e impessoais? Como submeter essa decisão ao controle do devido processo constitucional?

Dessa forma, importa aqui considerar a necessidade de transparência do algoritmo formatado.

Em verdade, é preciso conhecer todo o processo de construção de um algoritmo, primeiramente, em relação à qualidade e quantidade de dados utilizados, o que pode interferir no julgamento; e, em segundo lugar, em relação à probabilidade de reprodução de padrões pre-conceituosos, já que o Big Data é um subproduto da atividade humana.

É relevante, então, a preocupação sobre a real abertura de dados pelo Judiciário, sem barreiras desnecessárias aos processos e aos conteúdos dos atos jurisdicionais, como ainda se verifica nos dias de hoje.

Essas noções podem prevalecer, agravando a noção solipsista, desta vez exercida por um julgador artificial (a inteligência artificial), robotizado, sem considerar o princípio do contraditório, fugindo à própria imposição da lei processual relativa à participação.

Portanto, o uso dessa ferramenta deve ser vislumbrado com preocupação e vigilância.

A despeito da importância desses estudos pelos operadores do Direito, o que se verifica é que já existem diversos sistemas de inteligência artificial em plena atividade no Brasil (o Victor no STF; Poti, Clara e Jerimum no Rio Grande do Norte; Radar em Minas Gerais; e Elis em Pernambuco).

E com o cenário de crescente dominação das relações jurídicas (inclusive processuais) pela inteligência artificial, esta passa a realizar a atividade cognitiva, o que é preocupante.

A cognição é o modo legal de verificação da existência de um procedimento democrático, sendo direito-garantia inafastável ao exercício da jurisdição.

Deve se estruturar de forma processualizada, incluindo a estruturação discursiva entre os sujeitos do processo, coerente com o espaço processual participativo, a fim de permitir ampla e irrestrita fiscalidade pelas partes.

Contudo, a distância em relação aos critérios utilizados pela inteligência artificial e a qualidade (e quantidade) dos dados considerados para a tomada da decisão prejudicam consideravelmente a análise objetiva das informações processuais, atuando como verdadeiros empecilhos na construção de decisões democráticas.

É por tais razões que importa ressaltar que o problema do convencimento se agrava no ambiente virtual, sobretudo com a utilização da inteligência artificial.

Todos os sujeitos processuais precisam estar racionalmente munidos de condições para atuar nessa nova realidade, mantendo uma preocupação constante de preparação para compreender a tecnologia e este novo processo em meio virtual.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas as considerações, o que se verifica é que não se pode pensar na adoção da inteligência artificial pelo Judiciário sem se considerar a necessidade de observância do devido processo constitucional.

A inteligência artificial deve ser vislumbrada como uma ferramenta tecnológica, e não como um sujeito processual independente, capaz de proferir decisões estratégicas.

Sabe-se que as decisões proferidas por meio do uso da inteligência artificial estão fundadas, em regra, em celeridade (máximo de decisões no menor espaço de tempo), busca de padronização das decisões e em ruptura com eventuais vieses cognitivos.

Todavia, de plano, já se pode colocar em xeque a ausência de transparência a viabilizar a fiscalidade dessas decisões jurisdicionais, na medida em que, como já exposto, não há acesso ao código-fonte, assim como é obscuro o critério de seleção de dados a serem aferidos e considerados para o aprendizado da máquina.

Isso, por si, já faz cair por terra a democraticidade das decisões jurisdicionais elaboradas pelo uso da inteligência artificial e mostram o caráter estratégico que esse tipo de decisão pode comportar, a partir de uma seleção de dados enviesados por interesses “outros” que desconsiderem os argumentos e provas produzidos pelos sujeitos processuais.

Ou seja, os dados a serem considerados para o “learning” podem ser estrategicamente escolhidos (sim, escolhidos), de modo a desconsiderar ou deturpar a narrativa-argumentativa das partes que serão afetadas pela decisão. Interfere, portanto, na própria noção de cognição.

Sendo inviabilizada a fiscalidade em torno da (in)formação decisória robótica, ficam afastadas as possibilidades de acertamento pela via do contraditório e, por consequência, restringe-se a argumentação, o que faz com que a fundamentação das decisões acabe se tornando ilegítima, diante do afastamento dos sujeitos processuais.

Para compatibilizar a utilização da inteligência artificial para elaboração de decisões e o processo democrático, há que se promover desenvolvimentos teóricos tanto no nível do processo, quanto no âmbito tecnológico, observando direitos e garantias fundamentais.

A ampliação tecnológica trouxe novas regras e nova realidade, que fazem com que haja mais perguntas do que respostas neste momento.

Deve-se atuar nessa nova realidade, mantendo uma preocupação constante para a preparação e compreensão do uso da tecnologia neste novo processo em meio virtual.

O modelo constitucional do processo não pode se furtar a apresentar soluções efetivas para a realização de atos processuais em meio eletrônico.

Assim, devem ser conjecturadas regras para a transposição da realidade extraprocessual para a realidade processual virtual, segundo concepção teórica a garantir a operacionalização de direitos e garantias fundamentais.

É preciso ter em mente que, principalmente no Brasil, país com grande litigiosidade, é impossível desvincular a temática relativa à incorporação da tecnologia da perspectiva do Estado Democrático de Direito, a fim de sempre considerar a conformação desta nova realidade com o paradigma constitucional.

Essa visão exige que, além de se prestar obediência ao princípio da supremacia da Constituição, também se interprete as normas do sistema jurídico consoante os direitos e garantias fundamentais, não conforme “regras” da eficiência e da própria tecnologia.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. *Processo Eletrônico*: lei de 11.419, de 19 de dezembro de 2006. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e teoria geral do processo eletrônico*: a informatização judicial no Brasil. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionale dela giustizia civile: Il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues; MACIEL, Julia D'Agostini Alvares. Registros de acesso e de conexão a aplicações: criação, guarda e fornecimento a terceiros. In: PARENTONI, Leonardo (Coord.); GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Orgs.). *Direito, Tecnologia e Inovação*. V. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. Cap. 2.5, p. 279-296.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril, 1979.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 Out. 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicao-demotivos-149193-pe.html>. Acesso em: 13 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 Abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 Dez. 2006a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 Jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 Jul. 2001a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Resolução Conjunta nº 74, 05 de junho 2017. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, n. 2345, 31 out. 2017. Caderno Judiciário, p. 2-3. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27783>. Acesso em: 13 jun. 2020.
- BÜLOW, Oscar Von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: Libreria EL Foro, 1987.
- CARVALHO, Paulo Roberto de Lima. *A prova cibernética no Processo*. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO, Ricardo Motta Vaz de. O impacto do processo judicial eletrônico no direito contemporâneo. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 4121-4133. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4128.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

COASE, Ronald. *A Firma, o Mercado e o Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a Imparcialidade a Sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Jus Podivm, 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEL NEGRI, André. *O avesso do Estado*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Italy: Padova, 1975.

FREITAS, Helena Patrícia. *Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FREITAS, Helena Patrícia; BARROS, Flaviane de Magalhães. Implicação do neoliberalismo processual nas reformas processuais civis e na formação das decisões (in)eficientes. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 15, n. 22, p. 117-136, jul-dez 2017

GAZDA, Emmerson. Reflexões sobre o Processo Eletrônico. *Revista de Doutrina da 4ª Região - Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 33, dez. 2009. Disponível em: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/emmerson_gazda.html. Acesso em: 13 jun. 2020.

GILLIES, Donald. Artificial Intelligence and Philosophy of Science from 1990s to 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340941451_Artificial_Intelligence_and_Philosophy_of_Science_from_1990s_to_2020. Acesso: 13 jun. 2020.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: Uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARVEY, David. *O Neoliberalismo: história e implicações*. Tradução de Adail Sobral, Maria Stela Gonçalves. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

IDIE, Renata Yumi; BUENO, Samara Schuch. *O que é necessário para identificar o autor de um ilícito na Internet?* 30 Nov. 2015. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-digital/direito-digital-o-que-e-necessario-para-identificar-o-autor-de-um-ilicito-na-internet-30112015#_ftn3. Acesso em: 13 Jun. 2020.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. EUA: Harvard Law School, 1999.

KRAMMES, Alexandre Golin. 2010. *Workflow em processos judiciais eletrônicos*. São Paulo: LTr, 2010.

LANGNER, Ariane. *Os desafios do uso das tecnologias de informação e comunicação no processo judicial: as respostas do constitucionalismo contemporâneo diante do processo eletrônico*. 2016. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Maria, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Maria, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/6400/LANGNER%2C%20ARIANE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 jun. 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. Ausência de Processualidade Jurídica como morte pelo Direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 45, v. 7, p. 401-410, 2004. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1301/1233>.

LUD, Natanael; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. *Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: Jus Podivm, 2018.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: Ltr, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

MEDEIROS, Nathália Roberta Fett Viana. *Uso da inteligência artificial no processo de tomada de decisões jurisdicionais: uma análise sob a perspectiva da teoria normativa da participação*. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte, 2019.

NUNES, Dierle. *Virada Tecnológica no Direito Processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia?* IN: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. *Inteligência Artificial e Direito Processual*. Salvador: Jus Podivm, 2020.

NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

SERBENA, Cesar Antonio. *A próxima geração do processo eletrônico*. 14 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/a-proxima-geracao-do-processo-eletronico-2qpr9v9c6yy3i-qlk0xm3j7rnm6/>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

SILVA, Alexandre Couto; SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. O blockchain como ferramenta de governança corporativa para redução de custos de agência em sociedades anônimas. In: PARENTONI, Leonardo (Coord.); GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Orgs.). *Direito, Tecnologia e Inovação*. V. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. Cap. 4.3, p. 697-724.

SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Teoria Geral do Processo Civil*. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019.

STEGER, Manfred B.; ROY, Ravi K. *Introdução ao Neoliberalismo*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Actual, 2010.

VALENTINI, Rômulo Soares. *Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas*. Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG: Tese de Doutorado. Belo Horizonte, 2017.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Juiz-Robô e a decisão algorítmica: a inteligência artificial e a aplicação dos precedentes*. IN: ALVES, Isabella Fonseca. *Inteligência Artificial e Processo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

WANG, Yingxu. In search of denotational mathematics: Novel mathematical means for contemporary intelligence, brain, and knowledge sciences. *Journal of Advanced Mathematics and Applications*, 2012, p. 4-26.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 06/06/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 11/06/2022
- Avaliação 1: 14/10/2022
- Avaliação 2: 16/10/2022
- Decisão editorial preliminar: 23/10/2022
- Retorno rodada de correções: 23/01/2023
- Decisão editorial/aprovado: 12/02/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

APPLICATION OF THE PRINCIPLES OF CONTRADICTION AND BROAD DEFENSE IN THE POLICE INVESTIGATION

CARLOS EDUARDO MONTES NETTO¹

DANILO HENRIQUE NUNES²

OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA³

RESUMO

No inquérito policial, em regra, o indiciado ou investigado ainda não foi formalmente acusado, mas está sendo investigado para que esta condição se efetive ou não, sem contar a possibilidade de o procedimento servir como fundamento para a adoção de medidas gravosas, como a decretação de uma prisão preventiva, pelo Judiciário. Refutar a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação, pode representar uma situação de desequilíbrio com relação ao exercício do direito de punir pelo Estado, embora devam ser admitidas a adoção de determinadas medidas para que a persecução penal não seja comprometida, como a preservação do sigilo de uma interceptação telefônica em curso, por exemplo. Encontrar um equilíbrio entre os interesses do indivíduo indiciado ou investigado e do Estado na relação processual penal pode representar um caminho mais justo para a concretização do Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, o objetivo deste trabalho é analisar a possibilidade ou não da aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa em sede de inquérito policial. A metodologia consiste na revisão de literatura, por meio da análise da doutrina, da jurisprudência e de trabalhos acadêmicos, valendo-se do método hipotético-dedutivo, concluindo-se, ao final, que é necessário repensar a inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa em todo e qualquer inquérito policial de maneira indiscriminada, considerando a possibilidade da violação de direitos e garantias fundamentais em determinadas situações.

Palavras-chave: inquérito policial; contraditório; ampla defesa; violação; direitos e garantias fundamentais.

- 1 Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP, Unaerp. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo. Docente de cursos de graduação e de pós-graduação da Universidade de Ribeirão Preto/SP, Unaerp. Membro do grupo de pesquisa em Direito Constitucional e do Conselho Consultivo da Brazilian Research and Studies Journal, da University of Würzburg, Campus Hubland Nord, Würzburg, da Alemanha, vinculados ao Brazilian Research and Studies Center (BraS). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/7657051756600540>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4274-0309>.
- 2 Doutor e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp; Advogado; Professor do Centro Universitário Estácio Ribeirão Preto/SP e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos/SP. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/3286458334196996>.
- 3 Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Mestrado e Doutorado da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP (Brasil). Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Procurador do Estado de São Paulo. Membro da Comissão Especial de Arbitragem do Conselho Federal da OAB. Membro de listas referenciais de árbitros. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/2218713858394368>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

MONTES NETTO, Carlos Eduardo; NUNES, Danilo Henrique; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa no inquérito policial. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 268-285, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.8864>.

ABSTRACT

In the police investigation, as a rule, the accused or investigated person has not yet been formally accused, but is being investigated so that this condition takes effect or not, not to mention the possibility that the procedure may serve as a basis for the adoption of serious measures, such as the decree of preventive detention, by the Judiciary. Refuting the application of the adversarial and full defense principles in the investigation phase may represent a situation of imbalance in relation to the exercise of the State's right to punish, although the adoption of certain measures must be admitted so that the criminal prosecution is not compromised, such as preserving the secrecy of an ongoing telephone intercept, for example. Finding a balance between the interests of the indicted or investigated individual and the State in the criminal procedural relationship may represent a fairer path to the realization of the Democratic Rule of Law. From this perspective, the objective of this work is to analyze the possibility or not of applying the principles of contradictory and full defense in the context of a police investigation. The methodology consists of a literature review, through the analysis of doctrine, jurisprudence and academic works, using the hypothetical-deductive method, concluding, in the end, that it is necessary to rethink the inapplicability of the contradictory and the full defense indiscriminately, considering the possibility of violating fundamental rights and guarantees in certain situations.

Keywords: *police investigation; contradictory; broad defense; violation; fundamental rights and guarantees.*

1. INTRODUÇÃO

O inquérito policial constitui um procedimento que visa fornecer subsídios para a apuração da autoria e da materialidade de uma infração penal, tratando-se, em sua essência, de um instrumento inquisitorial e informativo. Não obstante essa condição, na fase da ação penal, não raras vezes na prática, é considerado como fonte de subsídios probatórios que podem contribuir para a condenação ou absolvição do indiciado, embora esse somente possa se valer do contraditório e da ampla defesa durante a ação penal, o que limita o seu direito de defesa.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu art. 5º, LV, assegura aos demandantes em processos judiciais e administrativos e aos acusados em geral o direito ao contraditório e a ampla defesa, mas grande parte da doutrina sustenta que o termo “litigantes”, não se aplica à fase inquisitorial, considerando a inexistência de litígio (BRASIL, 1988).

Não obstante a possibilidade de dispensa do inquérito policial para a propositura da ação penal, o mesmo contém um rol de informações que é insito à ação penal, incluindo elementos de prova que deverão ser considerados por ocasião do julgamento do mérito da ação penal, podendo a negativa do exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do indiciado representar a impossibilidade da efetivação de uma defesa mais incisiva.

Nesse contexto, a presente pesquisa se justifica pela necessidade de analisar a possibilidade ou não da aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa no inquérito policial, visando a concreção dos direitos e garantias fundamentais previstos na Lei Maior, sob a perspectiva de uma nova concepção constitucional e processual, que privilegie a dignidade dos investigados, tendo em vista que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação do Estado, obrigando-o a perseguir a meta permanente de proteger, promover e concretizar uma vida digna para todos (SARLET, 2007), sem prejuízo do efetivo exercício do direito de punir que também interessa à sociedade, como ferramenta de promoção da pacificação social.

Objetivando alcançar o objetivo pretendido de acordo com uma análise qualitativa do contexto, para este estudo optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória, por meio de revisão bibliográfica, com ênfase nas dimensões doutrinária, normativa e jurisprudencial que envolvem a interpretação da CRFB/88, de normas infraconstitucionais, valendo-se da análise de julgados, de trabalhos acadêmicos e livros.

Este estudo abordará a fundamentação teórica sobre o inquérito policial, os princípios processuais constitucionais penais do contraditório e da ampla defesa, os argumentos favoráveis e contrários à aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial, incluindo o posicionamento da jurisprudência, analisando os seus possíveis contornos, como forma de concreção de direitos e garantias fundamentais, sem prejuízo de possibilitar ao Estado a efetivação do seu direito de punir.

2. INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial não é um instrumento jurídico contemporâneo ou, mesmo, das sociedades modernas, pois está presente desde os tempos da antiguidade, tendo sido objeto de significativas alterações ao longo dos anos nos mais diversos países.

De acordo com Duarte (2016) e Rangel (2018) as raízes do inquérito policial são romanas e gregas. No contexto romano, a vítima ou seus familiares eram designados pelo magistrado para a realização de diligências no sentido de levantar elementos probatórios para a acusação. Por outro lado, o acusado tinha como direito a possibilidade do contraditório, realizando diligências no sentido de comprovar a sua inocência. No contexto grego, os *estínomos*, uma espécie de policiais nomeados pelo juiz, realizavam o trabalho investigativo, no sentido de obter informações concernentes à inocência ou culpa do acusado.

Em relação à realidade brasileira, bem observa Effting (2013) que as primeiras legislações que vigoraram foram as portuguesas, por intermédio das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que não traziam em seu bojo o instituto do inquérito policial. Somente no século XIX, mais especificamente em 1830, foi sancionado o primeiro Código Criminal do Império. Posteriormente, em 1832, foi criado o primeiro Código de Processo Criminal, que trouxe um tratamento específico sobre a coleta de informações acerca de crimes de responsabilidade cometidos por empregados públicos (art. 155) (BRASIL, [1832]).

Segundo Ferreira e Chaves (2014), o inquérito policial no Brasil foi regulamentado pelo Decreto nº 4.824/1871 (BRASIL, 1871a), que regulou a execução da Lei nº 2.033/1871 (BRASIL, 1871b), estabelecendo que:

Art. 42. O inquerito policial consiste em todas as diligencias necessarias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstancias e dos seus autores e complices; e deve ser reduzido a instrumento escripto, observando-se nelle o seguinte: [...] (BRASIL, 1871a).

A partir dessa legislação, o inquérito policial passou a ser reduzido a termo e remetido ao magistrado, visando promover a investigação criminal e o levantamento da autoria e da materialidade de infrações penais (FERREIRA; CHAVES, 2014). Entretanto, segundo Effting (2013), foi somente no ano de 1941 que se delineou a primeira configuração do inquérito policial,

com a atribuição de competências específicas às autoridades policiais. Com a aprovação do Código de Processo Penal (CPP) de 1941 (BRASIL, 1941), foram traçados os caminhos a serem seguidos no inquérito policial.

Bonfim (2017, p. 89), assenta que o inquérito policial “é o procedimento administrativo, preparatório e inquisitivo, presidido pela autoridade policial, e constituído por um complexo de diligências realizadas pela Polícia Judiciária com vistas à apuração de uma infração penal e à identificação de seus autores”. No mesmo sentido, Nucci destaca que:

O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima em determinados casos, para a propositura da ação penal privada (NUCCI, 2015, p. 69).

Desse modo, a partir das conceituações expostas, observa-se que o inquérito policial possui natureza jurídica de um procedimento administrativo de caráter pré-processual que é efetivado pela Polícia Judiciária, cuja presidência assiste à autoridade policial na figura do Delegado de Polícia, com a finalidade de levantar subsídios bastantes para apurar a materialidade e a autoria de infração penal, visando contribuir com o Ministério Público (MP) para a proposição de eventual ação penal (PINTO JÚNIOR, 2013).

A investigação, enquanto função administrativa, objetiva coletar elementos que possam contribuir na formação da convicção do órgão de acusador, fornecendo elementos e indícios da autoria e da materialidade para fins de futuro ajuizamento da ação penal ou pedido de arquivamento, se for o caso.

Ferreira e Chaves (2014) expõem algumas características ínsitas ao inquérito policial que determinam sua natureza jurídica: i) procedimento escrito; ii) inquisitivo; iii) indisponível; iv) discricionário; e v) sigiloso. Observa-se que a intenção do legislador foi a de formalizar o instituto, oferecendo a ele legitimidade determinante para que possa conferir idoneidade ao procedimento, secundando a possibilidade de convencimento do MP.

Todas as peças do inquérito policial devem ser reduzidas a escrito. No entanto, conforme observa Lima (2020), o atual CPP entrou em vigor em janeiro de 1942 e deve ser interpretado de uma forma progressiva, admitindo-se a utilização dos atuais meios tecnológicos, como a gravação audiovisual, no procedimento.

Outra característica presente no inquérito policial é o seu aspecto inquisitivo, que de acordo com Capez (2014, p. 69) caracteriza-se pela concentração de comando “nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e de sua autoria”.

Mirabete (2013) assenta que o sistema inquisitivo corresponde a uma forma auto defensiva da administração da Justiça, cujo objetivo precípua é a concretização do direito penal material, do direito de punir do Estado ou por aquele que o representa, cabendo ao delegado de polícia iniciar as diligências investigativas de ofício, sem a necessidade de ser provocado,

podendo, ainda, indeferir ou não solicitações das partes, acusação ou defesa, sem a necessidade de fundamentação.

Relevante destacar que no inquérito policial não existe lide, por não haver conflito de interesses, conseqüentemente, tampouco partes. Esta posição sustenta a ausência da incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação (LOPES JÚNIOR, 2016).

A respeito da indisponibilidade, Duarte (2012) observa que embora a autoridade policial seja responsável pelo inquérito policial, ela não é o seu dono, de modo que não pode arquivá-lo, mas apenas sugerir o arquivamento ao *parquet*, que tem a opção de arquivá-lo ou não, conforme os indícios disponíveis no caso concreto.

No entanto, é relevante destacar que assiste ao delegado determinadas funções, podendo a autoridade policial deixar de instaurar o inquérito policial quando, por exemplo: i) o fato for atípico; ii) quando não existir infração penal; e iii) quando estiverem presentes motivação da extinção da punibilidade. Ressalta-se que a autoridade policial não pode aplicar o princípio da insignificância para deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, devendo instaurar o inquérito policial, levando o procedimento ao conhecimento ao MP para a propositura ou não da ação penal.

Com relação à discricionariedade, Duarte (2012, p. 3) destaca que a atuação da autoridade policial baseada nos critérios de conveniência e oportunidade é limitada, efetivando-se essa discricionariedade, por exemplo, no indeferimento de determinada diligência, não sendo lícito à autoridade policial indeferir todo e qualquer tipo de diligência, como o exame de corpo de delito.

A requisição de diligência advinda do MP ou do juiz é considerada como ordem, mais especificamente uma imposição legal, não cabendo à autoridade policial atuar exercendo um juízo de conveniência e oportunidade.

O sigilo presente no inquérito policial determina que a autoridade policial deve garantir o segredo necessário ao desvelamento dos fatos. É relevante destacar que este sigilo é direcionado à sociedade como um todo, contudo não se aplica aos advogados interessados nos fatos ou não, nos termos da Súmula Vinculante nº 14 e do art. 7º, XIV da Lei 8.906/94 (BRASIL, 1994). Os advogados têm acesso aos autos do inquérito policial, bem como em relação em relação às diligências documentadas, exceto às imprescindíveis para o esclarecimento do fato, ainda que sob sigilo de justiça. Contudo, a Súmula Vinculante nº 14 não autoriza ao advogado participar de diligências (FERREIRA; CHAVES, 2014).

A propósito, no Recurso Ordinário em MS (RMS) nº 12.754/PR (BRASIL, 2003), interposto contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que impôs a manutenção de sigilo de inquérito policial instaurado para a apuração de possíveis transações financeiras irregulares, sob o fundamento de que o interesse privado da obtenção de vistas dos autos deve ceder ao interesse público consistente na necessidade de segurança da sociedade e do Estado, o STJ manteve a decisão recorrida consignando que “o direito de que goza o advogado a ter acesso aos autos de inquérito policial não é absoluto nem ilimitado”, somente sendo possível o advogado ter acesso aos autos “desde que não acarrete nenhum prejuízo à elucidação dos fatos”.

No âmbito do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.354/PR (BRASIL, 2004) foi decidido que “O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial

poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta” e que “o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado”.

Além disso, o Pretório Excelso consignou que a oponibilidade do sigilo ao defensor constituído “esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado”, constituindo direito do advogado o acesso às informações já introduzidas nos autos do inquérito, mas não às diligências em curso que possam comprometer a eficácia do procedimento investigatório, a exemplo de interceptações telefônicas.

Sobre o valor probatório do inquérito, Machado (2019) ressalta que as informações colhidas na fase inquisitorial possuem valor relativo, pois somente servem para a fundamentação para o recebimento da inicial, porém, não são suficientes, por si só, para consubstanciar uma condenação, devendo o magistrado e o MP ouvir testemunhas e determinar outras diligências para maior esclarecimento do fato delituoso no curso da ação penal.

A partir do que se expôs, constata-se que a finalidade precípua do inquérito policial é a de informar, proporcionando ao *parquet* os elementos cruciais e determinantes para a propositura de eventual futura ação penal.

Não obstante este aspecto informativo predominante do inquérito policial, de acordo com Capez (2014), trata-se, em verdade, de um mero instrumento administrativo, que não constitui a lide, não possui partes envolvidas, nem tampouco é, em sua plenitude, elemento probatório na ação penal, condição esta que afastaria a incidência do contraditório e da ampla defesa, que apenas se viabilizaria no curso da ação penal.

Entretanto, o art. 5º, LV da CRFB/88 assegura o contraditório e a ampla defesa como direito fundamental em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, condição esta que vem configurando uma celeuma no âmbito jurídico-penal, sob os seguintes argumentos: i) o inquérito policial não é considerado processo judicial e nem administrativo, sendo considerado pela doutrina como peça informativa administrativa (simples instrumento de informação); e ii) no inquérito policial ainda não há acusado e não seria cabível a aplicação de tais princípios (CAPEZ, 2014).

Pacelli (2020), ressalta que, a rigor, a investigação sequer deveria contar com a participação do juiz, sendo justificada a sua atuação apenas quando estiver em disputa ou em risco de ameaça ou lesão direitos subjetivos ou que digam respeito à efetividade da jurisdição penal, a exemplo da possibilidade de controle judicial da legalidade dos atos administrativos.

Nessa perspectiva, conforme aponta Lima (2020, p. 176) os elementos produzidos no inquérito policial “são de vital importância para a persecução penal, pois, além de auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação, podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado ou fundamentar uma decisão de absolvição sumária (CPP, art. 397)”.

Embora prevaleça o entendimento de que apenas as provas colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório, possam servir para fundamentar eventual condenação penal, Nucci (2020, n. p.) observa que, na prática, é comum se conferir validade e confiabilidade àquilo que foi produzido pela polícia judiciária, bastando ver as “referências que as sentenças condenatórias costumam fazer aos depoimentos colhidos na fase extrajudicial, muitas vezes dando maior credibilidade ao que teria dito a vítima, o réu – à época indiciado – ou alguma testemunha

à autoridade policial do que ao magistrado”, sob os mais variados argumentos, como, por exemplo: i) na polícia a prova é colhida mais rapidamente, sendo a memória das pessoas mais confiável nessa ocasião; ii) na polícia os inquiridos ainda não foram influenciados pela defesa ou pela acusação, dentre outros motivos.

Streck (2009) aponta que, nesses casos, a livre apreciação da prova geralmente é utilizada como argumento em inúmeras decisões visando justificar condenações com fundamento em provas colhidas durante o inquérito policial.

Outra questão interessante diz respeito à produção de provas periciais impossíveis de serem postergadas à produção judicial, que são consideradas válidas, como é o caso do exame de corpo de delito, que somente serão submetidas ao crivo do contraditório em juízo (NUCCI, 2020).

Esse último ponto é interessante, porque a palavra prova, em regra, diz respeito apenas aos elementos de convicção produzidos no curso do processo judicial, sob a obrigatoriedade da participação dialética das partes, sob o crivo do contraditório, mesmo que diferido, e da ampla defesa, atuando o contraditório como uma “verdadeira condição de existência e validade das provas” (LIMA, 2020, p. 177). Ademais, conforme salienta Coelho:

É comum um mantra que é entoado em que o inquérito é um procedimento inquisitorial e não existem partes e, por tal razão, não é dado o constitucional direito do contraditório e ampla defesa. Isto não é verdade pois, com a evolução, o indiciado não é mais objeto de prova e sim sujeito de direito (COELHO, 2020).

Ressalta-se que, em matéria penal, a aplicação do princípio da proporcionalidade, na sua dupla dimensão, proíbe tanto o excesso, bem como a adoção de uma proteção insuficiente, não devendo ser adotado o “extremo do abolicionismo desenfreado” e nem o “minimalismo unilateral e cego”, que “não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas tal qual exige o Estado Democrático de Direito” (SARLET, 2008, p. 39-44). Canotilho (2003) acrescenta que o Estado de Direito é aquele que observa e cumpre os direitos humanos consagrados nos grandes pactos internacionais.

Conforme assenta Abboud (2019) a limitação dos poderes constitui um consectário da consagração dos direitos e garantias fundamentais, podendo ser considerada como um verdadeiro fruto da evolução do processo civilizatório das sociedades sob o escudo do constitucionalismo.

Diante do exposto, em que pese o Estado possua o direito de punir, torna-se necessário analisar a incidência ou não do contraditório e ampla defesa no inquérito policial, considerando a nova interpretação conferida à condição do indiciado, a possibilidade de violação dos seus direitos subjetivos e que o procedimento pode servir como subsídio, por exemplo, para a decretação de gravosas medidas cautelares pelo magistrado, como fundamento para uma decisão de absolvição sumária e que, ainda, existem provas impossíveis de serem postergadas à fase da ação penal e que, apesar disso, são consideradas válidas.

3. DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Diante das inúmeras possibilidades de expressão da convivência humana, verifica-se a dificuldade prática de se esgotar o ordenamento jurídico em diplomas legais que são, com frequência, publicados e revogados, não podendo o direito ser considerado um “mero somatório de regras avulsas”, reforçando a função ordenadora dos princípios (MIRANDA, 2019, p. 395).

Qualquer tentativa de definição da noção de um princípio legal envolve muitas análises e questões a serem consideradas antes de se chegar a qualquer conclusão. No entanto, a maneira mais fácil de definir um princípio jurídico ou uma noção jurídica consiste em entender primeiro o significado linguístico da palavra ou expressão (BARROSO, 2015; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2009).

O termo “princípio” foi emprestado das línguas francesa e alemã no século XVIII, remontando ao latim *principium*, que significa “base”, “origem”, “posição básica”, “ideia orientadora” ou “regra básica de comportamento”. Antigamente, preconizava-se que “o princípio é a parte mais importante de tudo” (*principium est potissima pars cujuque rei*). Dentro da estrutura da lei, a construção legal de princípios é a expressão máxima da abstração refinada (FERNANDES, 2018). O significado linguístico da palavra princípio como substantivo seria:

Uma verdade fundamental; uma lei ou doutrina abrangente, da qual outros são derivados ou sobre os quais outros se baseiam; uma verdade geral; uma proposição elementar; uma máxima; um axioma; um postulado. A coletividade de padrões ou julgamentos morais ou éticos; uma verdade, lei ou suposição básica. Uma regra de ação estabelecida; uma lei de conduta que rege; A coletividade de padrões ou julgamentos morais ou éticos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2016, p. 134).

Sob esse ponto de vista, um princípio jurídico é definido como um padrão predominante ou um conjunto de padrões, de comportamento ou julgamento que se supõe serem apenas padrões de comportamento para uma sociedade ou para toda a humanidade. Além disso, um princípio jurídico também seria entendido como norma básica a partir da qual derivam outras normas (LENZA, 2010; BARROSO, 2015). O princípio é compreendido como um parâmetro que deve ser observado não em questões políticas ou sociais, mas porque é uma obrigação de alcançar justiça ou equidade (BARROSO, 2015).

Aos princípios, portanto, não se aplicam o “tudo ou nada”, pois seu escopo depende de outras circunstâncias que podem mudar em cada caso. Em outras palavras, no que diz respeito à sua incidência, as normas que trazem uma disposição legal específica são aplicáveis ou não se os eventos que elas pretendem regular ocorrerem. Em termos de silogismo judicial, quando um fato jurídico ocorre, uma regra que o contém deve necessariamente ser aplicada, com uma certa consequência legal. Os princípios, no entanto, não seguem essa lógica, pois não determinam em que condições sua aplicação é apropriada ou não, constituindo parâmetros que norteiam a decisão judicial de uma maneira ou de outra (REALE, 2010; MENDES, COELHO, BRANCO, 2016).

Os princípios têm crucial posicionamento no ordenamento jurídico, sendo considerados uma estrutura ética dos operadores do Direito, os quais buscam, por meio deles, uma solução adequada e justa para o caso concreto, levando em deferência a sua disposição hierárquica

jurídica, efetivando a aplicabilidade da norma. Devido a essas deferências, verifica-se que, no caso concreto, em que é inequívoca a aplicação de princípios constitucionais, sua aplicação deve ser imediata (DINIZ, 2011).

No ordenamento jurídico brasileiro, os princípios constitucionais se apoiam no fato estruturarem os objetivos a serem alcançados, referindo-se a uma concepção nuclear em que todos os outros fundamentos jurídicos devem estar apoiados neles. Assim, é inequívoco que os princípios são balizadores para a correta hermenêutica das leis e da aplicação justa das normas, de modo que:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (MELLO, 1980, p. 230).

É importante destacar que não há hierarquia entre os princípios, estando todos no mesmo nível de importância e validade. A Declaração Universal dos Direitos do Humanos, no art. 29 (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), discorre acerca da convivência harmoniosa entre os direitos fundamentais, não obstante possa ocorrer a colisão entre esses direitos, que se verifica quando “um direito fundamental de um outro titular de direito pode estar limitando o exercício do direito fundamental atingido pela medida ou omissão estatal” (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 169).

Conforme destaca Lopes (2010), um dos aspectos inerentes aos direitos fundamentais enquanto princípios constitucionais é que não são absolutos, mas sim relativos no caso de conflitos, cabendo a realização de um juízo de ponderação, a fim de que se solucione da melhor forma o caso concreto, sendo está a posição do STF no sentido de que os direitos e garantias não podem ser revestidos de caráter absoluto (BRASIL, 1999). Lopes acrescenta que:

Todas as limitações a direitos fundamentais devem ser consideradas possivelmente irregulares e, por essa razão, devem sofrer um exame constitucional mais rigoroso, cabendo ao Judiciário exigir a demonstração de que a limitação se justifica diante de um interesse mais importante. Destaque-se que somente será legítima a restrição ao direito se for atendido o princípio da proporcionalidade, pois a ponderação entre princípios se operacionaliza através desse princípio (LOPES, 2010, p. 7).

Assim, infere-se que o caráter da relatividade ínsito aos princípios torna possível que, em situação de conflitos entre eles, sejam tomadas decisões limitando o exercício de liberdades individuais ou coletivas, observando-se a proporcionalidade na imposição de eventuais restrições.

3.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Não se observa grandes polêmicas na doutrina em relação ao contraditório. Segundo Tavares (2016, p. 727), trata-se da “garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes. Seu conteúdo identifica-se com a exigência da paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa”.

Em reforço, Lopes Júnior (2016, p. 255), acrescenta que “O princípio do contraditório está atrelado ao direito de audiência e de alegações mútuas, o qual o juiz deve conferir a ambas as partes, sob pena de parcialidade”, sendo um:

Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga não somente que cada ato seja comunicado e cientificado às partes, mas que o juiz, antes de proferir sua decisão, ouça as partes, oferecendo oportunidade para que busquem, através da argumentação e juntada de elementos de prova, influenciar a formação de sua convicção. Ou seja, o contraditório é observado quando são criadas as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, mesmo que ela não queira utilizar-se de tal direito, podendo lançar mão do direito ao silêncio (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 255).

Nesse contexto, o contraditório traz em sua essência o entendimento de uma ampla participação no processo, com os envolvidos em igualdade de condições, além da análise dos argumentos expostos pelas partes e subsídios de provas produzidos por elas. De acordo com Godoy Neto:

O contraditório em seu conteúdo compreende um instrumento de dialética dirigida ao juiz conduzindo-o a um convencimento essencial, para que possa com a sua liberdade de juízo de valor, assentar uma resolução do litígio na *persecutio criminis*. Por outra vertente, ao ser estabelecida a igualdade de condições das partes (*audiatur altera pars*) no processo penaltem-se uma isonomia processual ou par *conditio* garantindo a eficácia e a legitimidade da prestação jurisdicional do Estado. Aliás, Júlio Fabbrini Mirabete acentua que do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham etc (GODOY NETO, 2009, p. 172).

Desse modo, o exercício do contraditório no processo penal possibilita que as partes possam, de forma livre, expor suas alegações, apresentar provas disponíveis, bem como se manifestar sobre as ações exercidas pelos outros envolvidos no processo, inclusive contrariando o juiz e o MP.

Acerca da sua amplitude e abrangência, Gonçalves (2010) aponta que eventuais celeumas, em tese, foram resolvidas com a CRFB/88, contemplando essa garantia todos os processos judiciais e administrativos, na forma do art. 5º, LV da norma constitucional. O autor acrescenta que o contraditório constitui uma garantia política pela qual se garante a legitimidade do exercício do poder e que somente se efetiva com a participação dos interessados na constituição do provimento jurisdicional em todas as suas fases, configurando-se numa garantia ínsita ao Estado Democrático de Direito (CÂMARA, 2006).

O contraditório efetiva o Estado Democrático de Direito, equilibrando a relação entre acusador e acusado, cabendo a este apontar elementos contrários ou de defesa. No processo penal acusatório, o contraditório garante a ampla defesa do réu, sendo este princípio uma das consequências do devido processo legal, consubstanciando, além deste princípio, o da igualdade, baluarte dos direitos fundamentais do indivíduo, de modo que a ausência da aplicação deste princípio implica em mácula ao Estado Democrático de Direito, uma vez que o indivíduo

estará desprotegido no processo, evidenciando-se um dano deletério à sua dignidade⁴ (GODOY NETO, 2009).

A propósito Miranda (2018, p. 413) assenta que “As partes que pedem justiça devem ser postas no processo em absoluta paridade de condições; e isso manifesta-se sobretudo no princípio do contraditório.

Diante disso, evidencia-se que o contraditório visa proporcionar ao acusado uma igualdade de condições com relação àquele que o acusa, permitindo a sua efetiva participação em procedimentos judiciais ou administrativos, nos termos do art. 5º, LV da CRFB/88.

3.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa, também está previsto no art. 5º, LV da CRFB/88, assegurado a todos, em processo judicial ou administrativo, o direito de ampla defesa, com a utilização de todos os meios e recursos disponíveis e lícitos para tanto.

De acordo com Grinover (2015), no cenário do direito público, a defesa vai além de ser um direito, mas sim uma garantia assegurada ao acusado de defender-se das imputações que lhes são feitas e uma garantia para o justo processo. A ampla defesa consiste na utilização de todos os meios de provas visando garantir ao acusado condições para apresentar no processo todos os subsídios para esclarecimento dos fatos, abrangendo todos os meios necessários que lhe são inerentes.

Esses meios são elencados por Mirabete (2013) como: i) o conhecimento pelo acusado daquilo que lhe é imputado; ii) a possibilidade de expor alegações contra aquilo que lhe é imputado; iii) a possibilidade de acompanhar as provas e as contrapor; iv) a defesa técnica por um advogado; e v) a possibilidade de recorrer de uma decisão desfavorável. Tudo isso visando permitir ao acusado influenciar, efetivamente, a formação da opinião do magistrado.

A ampla defesa garante condições de o réu proporcionar ao processo os elementos inclinados a deixar inequívoca a verdade ou, até mesmo, silenciar-se se assim o desejar (MORAES, 2015). Segundo Capez (2014) a aplicação dessa garantia processual deve respeitar a ordem natural do processo, assegurando-se à defesa o direito de se manifestar sempre após a acusação.

Nessa perspectiva, não se finda com a exposição inicial do acusado, demandando a sua manifestação efetiva todas as vezes que a acusação apresentar um elemento novo em desfavor da defesa, incluindo: i) o direito à produção de qualquer prova legítima e lícita; ii) o direito à ampla informação; e iii) o direito de audiência bilateral, sob pena de nulidade da ação penal, abrangendo a autodefesa, apresentada pelo próprio acusado e a defesa técnica, por meio de advogado ou da Defensoria Pública, que atuará em favor dos hipossuficientes do ponto de vista financeiro.

Consoante se observa, o contraditório e a ampla defesa, constituem princípios inerentes à ação penal e a sua não admissão na fase do inquérito policial é fundamentada no fato de que esse procedimento é meramente informativo e subsidiário às informações levantadas em juízo, passando a questão a ser analisada de forma específica na próxima seção.

4 Segundo Sarmiento (2019, p. 77) a dignidade constitui “fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretriz para ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, critério para identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados”.

4. DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL

Conforme já se apontou, o art. 5º, LV da CRFB/88 dispõe que aos acusados é garantido o contraditório e a ampla defesa, prevalecendo o entendimento de que esses princípios não se aplicam na fase do inquérito policial.

Apesar disso, observa-se que a condição do indivíduo indiciado em inquérito policial é significativamente desconfortável, pois o rótulo de “acusado”, não raras vezes, acaba por prevalecer, especialmente em casos que envolvem crimes graves com clamor social.

Diante disso, têm surgido novos posicionamentos doutrinários e decisões dos tribunais, sobre a questão. A propósito, Lopes Júnior (2016), ressalta que o comportamento do constituinte foi evidentemente garantista e a confusão de interpretação (procedimento administrativo ao invés processo) não pode constituir empecilho para a aplicação destes princípios no inquérito policial.

Nessa perspectiva, a questão que afasta a incidência do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial é terminológica, consistente na limitação da interpretação da expressão “processo”, considerando que a ampliação visando abranger também o “procedimento” passaria a representar a possibilidade de consideração desses princípios.

Deve ser ponderado que a adoção do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial não pode atrapalhar a realização de diligências que devam ser acobertadas pelo sigilo, visando o esclarecimento dos fatos, a exemplo da realização de interceptações telefônicas.

A polícia judiciária, ao se diligenciar na busca do esclarecimento dos fatos, não pode ter a sua ação obstruída a pretexto de se aplicar o contraditório e ampla defesa na fase inquisitorial, considerando que isso poderia fazer o inquérito policial perder a sua função, esvaziando o direito de punir do Estado.

Nesse sentido, conforme se apontou na seção 2, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.354/PR (BRASIL, 2004), consignou que deve ser mantido o sigilo do procedimento investigatório, inclusive com relação ao defensor constituído pelo acusado, com relação às diligências em curso que possam comprometer a eficácia das investigações, sendo esse entendimento compatível com os direitos e garantias fundamentais do acusado e com o direito de punir do Estado. Essa limitação de acesso do defensor aos autos do inquérito policial não implica em qualquer cerceamento de defesa.

Em sentido diverso, Lopes Júnior (2016) sustenta que o direito de defesa é, em sua essência, um direito de réplica que tem origem com a imputação criminosa, que constitui o objeto da investigação policial. Para o autor, a inaplicabilidade da ampla defesa e do contraditório em sede de inquérito policial representa em erro da doutrina, pois a notícia-crime que imputa fato criminoso a um indivíduo seria, no sentido jurídico, uma “acusação”.

Segundo esse entendimento, a simples ciência de imputação criminosa na fase pré-ação penal, sem a possibilidade de contraposição ou de utilização da ampla defesa, representaria uma condição de aceitação passiva que colocaria o indivíduo numa posição bastante desfavorável com relação ao exercício do direito de punir pelo Estado.

De acordo com Duarte (2016, p. 278) “Isolar o inquérito policial do processo penal, colocando-os em tempos e espaços diferentes e posteriormente utilizar peças do inquérito como suporte condenatório, frequentemente na prática criminal, é sofismar com a liberdade do cidadão”.

A posição do autor se fundamenta no fato de que as diligências, perícias, laudos e exames realizados no inquérito policial constituem elementos comprobatórios que vão servir de base para a formação da convicção do *parquet* para a propositura da ação penal. Nesse contexto, ao não se permitir qualquer tipo de contraposição e o exercício da ampla defesa no procedimento investigatório, ocorreria o cerceamento de defesa do indiciado, representando a condição de “acusado” uma mera questão formal considerando que:

É inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal e com o intuito de proteger também ao indiciado (LOPES JÚNIOR, 2016, 176).

Para essa corrente doutrinária, o mero indiciamento do indivíduo representa uma acusação em sentido amplo, dissimulada por uma mera questão de interpretação da norma constitucional.

Apesar disso, a doutrina majoritária é no sentido da não aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial (LIMA, 2020; NUCCI, 2020; PACELLI, 2020, dentre outros).

Entretanto, além do entendimento de que o mero indiciamento já representaria uma acusação em sentido amplo, conforme se destacou na seção 2 deste estudo, na prática, muitas vezes as sentenças condenatórias fazem referências a depoimentos colhidos no inquérito policial, conferindo até mesmo maior credibilidade ao que foi dito à autoridade policial do que com relação à prova colhida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, sob os mais variados argumentos que não possuem fundamento legal.

Ademais, como também se apontou, existem provas impossíveis de serem postergadas ou mesmo confirmadas no curso da ação penal, a exemplo do exame de corpo de delito, que mesmo assim são consideradas válidas judicialmente, embora tenham sido produzidas fora do crivo do contraditório e da ampla defesa, podendo ainda o inquérito policial servir como subsídio para: i) a decretação de prisão provisória (temporária ou preventiva); ii) decretação de gravosas medidas cautelares em desfavor do indiciado, como, por exemplo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II do CPP); proibição de manter contato com pessoa determinada (art. 319, III do CPP); proibição de se ausentar da Comarca (art. 319, IV do CPP); recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, V do CPP); suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira (art. 319, VI do CPP); e internação provisória (art. 319, VII do CPP); e iii) a prolação de uma decisão de absolvição sumária.

Não se está aqui a sustentar a aplicação do contraditório e da ampla defesa de forma ampla e sem critérios no inquérito policial, considerando que isso poderia comprometer o exercício do direito de punir por parte do Estado, o que não se pode admitir, mas a possibilidade dessas garantias processuais constitucionais incidirem apenas de forma diferida no curso da ação penal, diante da inúmeras medidas gravosas que podem, em tese, ser adotadas em desfavor do indiciado não se revela o melhor caminho para a consecução do modelo de Estado Democrático de Direito, idealizado pelo Constituinte de 1988, sendo necessário se buscar uma

compatibilização entre os direitos e garantias fundamentais e o *jus puniendi*, demandando, inclusive a elaboração de novos estudos específicos.

4.1 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O ASSUNTO

Sem a menor pretensão de se esgotar o tema, passa-se, nesta seção, à análise de algumas decisões proferidas pelos nossos tribunais sobre a eventual incidência do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial, objetivando demonstrar a existência de entendimentos divergentes e reforçar a importância deste estudo.

No julgamento do HC nº 58.579/RJ (BRASIL, 1981), o STF reconheceu que um indiciado tinha o direito de contra-arrazoar recurso oferecido antes mesmo do recebimento da queixa ou da denúncia, sob o fundamento de que a sua negação constituiria cerceamento de defesa, assentando expressamente que “A situação de ser indiciado gera interesse de agir que autoriza se constitua entre ele e o juízo, a relação processual, desde que espontaneamente intente requerer no processo, ainda que em face de inquérito policial. *Habeas corpus* concedido unanimemente” e que “A instauração do inquérito policial, com indiciados nele configurados, faz incidir nestes a garantia constitucional da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”.

Da mesma forma, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no HC nº 51.577 (SÃO PAULO, 2001), apesar de assentar que o inquérito policial é peça meramente informativa incapaz de invalidar a ação penal, decidiu que no que se refere ao direito de contra-arrazoar recurso, que é desdobramento do contraditório e da ampla defesa, não se deve fazer qualquer distinção entre o investigado, indiciado ou réu, considerando que ainda que não esteja devidamente instaurada a relação processual, verifica-se o interesse de agir do indivíduo, consistente na tutela da sua liberdade de locomoção, devendo qualquer norma processual penal ser interpretada no melhor sentido que proteja os direitos e garantias individuais do acusado, indiciado ou investigado.

Em sentido contrário, no RE nº 136.239/SP (BRASIL, 1992), a Corte Máxima reconheceu a validade de interrogatório policial sem a presença de defensor ao indiciado, destacando o procedimento possui natureza de mero procedimento administrativo de caráter investigatório que não autorizam a formulação de decisão condenatória, não se processando sob o crivo do contraditório, que apenas em Juízo se tornaria plenamente exigível os postulados da bilateralidade, constituindo também a ampla defesa um elemento essencial e exclusivo da persecução penal em Juízo.

O acórdão ainda assentou as principais características do inquérito policial, consistentes no seu caráter informativo, unilateral, inquisitório e sigiloso. Por ser informativo e investigativo, seria destinado apenas a subsidiar a atuação do MP.

No *Habeas Corpus* nº 39.192/SP (BRASIL, 2005), o STJ destacou que o fato de a vítima ter reconhecido os supostos autores de um furto qualificado na fase extrajudicial não é suficiente para sustentar uma condenação penal, ressaltando que “O inquérito policial é procedimento meramente informativo, que não se submete ao crivo do contraditório e no qual não se garante aos indiciados o exercício da ampla defesa [...]”.

A propósito, no também já mencionado HC nº 82.354-8/PR (BRASIL, 2004), o STF afirmou a inaplicabilidade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial, assentando que o procedimento:

[...] não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. (BRASIL, 2004).

De acordo com esse entendimento, o contraditório e ampla defesa somente incidem na ação penal, uma vez que o inquérito policial não deve ser considerado como processo administrativo, tratando-se de um simples procedimento administrativo visando a coleta de dados (BRASIL, 2008).

Conforme depreende, existem correntes doutrinárias e jurisprudenciais a favor e contra a incidência do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial, inclinando-se a doutrina e a jurisprudência majoritárias no sentido afastar a aplicação dessas garantias constitucionais fundamentais em favor dos investigados ou indiciados, embora a maior parte dos elementos probatórios, incluindo diligências, perícias, laudos e exames sejam realizadas pela autoridade policial, em alguns casos sem a possibilidade da prova ser confirmada em Juízo, a exemplo do exame de corpo de delito, o que pode colocar a defesa numa situação de desequilíbrio em eventual futura ação penal. Isso sem contar que o inquérito pode servir como fundamento para embasar outras situações gravosas em desfavor dos indiciados ou investigados que foram apontadas nas seções anteriores.

Não se ignora que o *jus puniendi* constitui uma condição essencial para a harmonia social. No entanto, no modelo de Estado Democrático de Direito concebido pela CRFB/88, que assegura diversos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, deve-se buscar um caminho que possa compatibilizar o direito de punir do Estado com a dignidade dos investigados e/ou indiciados, considerando que a negativa da incidência do contraditório e da ampla defesa em todo e qualquer inquérito policial, sem considerar a possibilidade da violação de direitos fundamentais, pode não representar o melhor caminho em algumas situações.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou discorrer sobre a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial, considerando a divergência de entendimentos sobre o assunto sob o fundamento de que o procedimento não pode ser considerado como “processo”, para fins de interpretação do art. 5º, LV da CRFB/88.

Verificou-se que, muito embora o investigado ou indiciado não estejam submetidos a uma acusação formal, encontram-se numa posição desagradável, ainda que informalmente, carregando o estereótipo da culpa, mesmo que no futuro o inquérito policial seja arquivado ou que seja reconhecida a sua inocência pelo Juízo criminal, isso sem contar a possibilidade da adoção de diversas medidas gravosas em seu desfavor, como até mesmo a decretação de uma prisão preventiva ou temporária.

Diante disso, preterir os princípios analisados neste trabalho no inquérito policial de maneira indiscriminada, pode colocar o indivíduo investigado ou indiciado numa situação de desequilíbrio, muita embora não deva ser ignorado que o inquérito policial necessita, durante a investigação, de determinadas garantias para que a persecução não seja comprometida e

prejudique o direito de punir do Estado, como o sigilo de uma interceptação telefônica em curso, por exemplo.

Assim, evidencia-se a necessidade de se buscar um equilíbrio entre os interesses do indivíduo e do Estado na relação processual penal, como forma de adoção de um caminho mais justo para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Não obstante às inegáveis características que o inquérito policial possui, torna-se necessário repensar a inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa em todo e qualquer procedimento investigatório de maneira indiscriminada, considerando a possibilidade da violação de direitos e garantias fundamentais, na medida em que inquérito policial pode fundamentar a adoção de medidas gravosas a serem tomadas pelo magistrado, servir como fundamento para uma absolvição sumária ou, ainda, produzir provas importantes de forma exclusiva, como o exame de corpo de delito, que mesmo assim, sem passar pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, é considerado válido em eventual futura ação penal.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 09 jan. 2022.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONFIM, Edílson Mougenot. **Processo Penal 1: dos fundamentos à sentença**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL, **Código do Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jan. 2022.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.
- BRASIL. **Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871a**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871b**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm. Acesso em: 07 de jan. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 07 de jan. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 12.754/PR**. Relator: Franciulli Netto, j. 11 mar. 2003.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS nº 39.192/SP**. Relator: Arnaldo Esteves Lima, j. 26 abr. 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 687.893/PR**. Relator: Ricardo Lewandowski, j. 26 ago. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 58.579/RJ**. Relator: Clóvis Ramalhete, j. 12 mai. 1981.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 82.354-8/PR**. Relator: Sepúlveda Pertence, j. 10 ago. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 23.452/RJ**. Relator: Min. Celso de Mello, j. 16 set. 1999.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 136.239/SP**. Relator: Min. Celso de Mello, j. 07 abr. 1992.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COELHO, José Osmar. **Contraditório e ampla defesa no inquérito policial militar**. 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/07/25/contradit%C3%B3rio-e-ampla-defesa-no-inqu%C3%A9rito-policial-militar>. Acesso em: 08 jan. 2022.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Normas constitucionais e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DUARTE, Antônio Gomes. **Do inquérito à denúncia**. 5. ed. Belém: CEJUP, 2016.
- DUARTE, Leonardo Lopes de Almeida. Uma breve análise sobre o inquérito policial brasileiro. **Revista âmbito jurídico**. 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12936. Acesso em: 10 set. 2021.
- EFFTING, Suellen Cristina. **Ampla defesa no inquérito policial**. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26150/ampla-defesa-no-inquerito-policial/5#ixzz3D8cHX0EV>. Acesso em: 13 set. 2021.
- FERNANDES, Bruno Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FERREIRA, Alan de Abreu; CHAVES, Vinícius de Souza. **O princípio do contraditório e o inquérito policial**. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/31110/o-principio-do-contraditorio-e-o-inquerito-policial/2#ixzz3D8ZuOYgn>. Acesso em: 10 set. 2021.
- GODOY NETO, Raul. O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 14, jul./dez. 2009. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-101-Monografia_Raul_Godoy_Neto_\(Inquerito_policial_contraditorio_e_ampla_defesa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-101-Monografia_Raul_Godoy_Neto_(Inquerito_policial_contraditorio_e_ampla_defesa).pdf). Acesso em: 09 jan. 2022.
- GONÇALVES, Eduardo Rodrigues, Direito fundamental ao contraditório no inquérito policial: nova perspectiva à luz da jurisprudência do STF. **Revista âmbito jurídico**. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12789. Acesso em: 10 set. 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-Book*.

PINTO JÚNIOR, Acir Cespedes. O princípio do contraditório no inquérito policial. **Revista Âmbito Jurídico**. 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/inex.phpn_link=revista_artigos-literatura&artigo_id=8560. Acesso em: 10 set. 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **HC 51.577/SP**. Relator: Juiz Erik Gramstrup, Quinta Turma, j. 27 mar. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In*: NOVELINO, Marcelo (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de Processo Penal O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 46 n. 183 jul./set. 2009. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/183/ril_v46_n183_p117.pdf. Acesso em: 17 jan. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 17/01/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 14/02/2022
- Avaliação 1: 04/04/2022
- Avaliação 2: 04/06/2022
- Decisão editorial preliminar: 16/06/2022
- Retorno rodada de correções: 23/06/2022
- Decisão editorial/aprovado: 24/07/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA HUMANIDADE E PESSOALIDADE NA APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DAS PENAS

THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF HUMANITY
AND PERSONALITY IN THE APPLICATION
AND EXECUTION OF PENALTIES

RONAN CARDOSO NAVES NETO¹
MARINA ARAÚJO CAMPOS CARDOSO²
SEBASTIÃO SÉRGIO SILVEIRA³

RESUMO

O presente estudo parte de uma breve análise do histórico das penas aplicáveis e dos movimentos históricos e sociais que resultaram em novos princípios e novas leis quanto às penas e aos direitos dos condenados. Investiga-se a importância dos princípios da humanidade e pessoalidade das penas à luz da Constituição Federal e, após, faz-se um estudo das penas atualmente previstas na legislação infraconstitucional brasileira. O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro revela a necessidade de implementação de políticas públicas efetivas capazes de extirpar ou, ao menos, amenizar a violação generalizada de Direitos Fundamentais nos presídios. Presentes na legislação nacional e em inúmeros tratados internacionais, a observância e aplicação destes princípios constitucionais e o respeito a aludidos direitos nos casos concretos e na prática se fazem imperativos, trazendo consigo desafios no que tange aos procedimentos de análise, julgamento, execução e fiscalização da pena e sua efetividade, sempre em observância dos direitos e garantias da pessoa no Estado Constitucional de Direito.

Palavras-chave: Penas. Aplicação. Princípios Constitucionais. Humanidade. Pessoalidade.

ABSTRACT

The present study starts from a brief analysis of the history of applicable penalties and the historical and social movements that resulted in new principles and new laws regarding penalties and the rights of the condemned. It investigates the importance of the principles of humanity and the personality of penalties in the light of the Federal Constitution and, after that, a study is made of the penalties currently provided for in the Brazilian infra-

- 1 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Doutor em Direito pela FADISP. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7555035830332797>.
- 2 Doutora em Direito pela FADISP. Doutoranda em Direito pela UNAERP. Mestre em Direito pela UNAERP. Mestre em Direito pela FUMEC. Graduada em Direito pela UFMG. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7932350970094271>.
- 3 Professor pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal e doutor pela PUC/SP. Coordenador do programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania da UNAERP - programa com conceito 4 no Capes/MEC. Ribeirão Preto/SP. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7795231195922277>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2773-4544>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

NAVES NETO, Ronan Cardoso; CARDOSO, Marina Araújo Campos; SILVEIRA, Sebastião Sérgio. Os direitos fundamentais da humanidade e pessoalidade na aplicação e execução das penas. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 286-303, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9239>.

constitutional legislation. The recognition of the Unconstitutional State of Things in the Brazilian prison system reveals the need to implement effective public policies capable of extirpating or, at least, alleviating the generalized violation of human rights in prisons. Present in national legislation and in numerous international treaties, the observance and application of these constitutional principles and respect for human and fundamental rights in concrete cases and in practice are imperative, bringing with them challenges regarding the analysis, judgment, execution and supervision of the penalty and its effectiveness, always in compliance with the rights and guarantees of the person in the Constitutional State of Law.

Keywords: Penalties. Application. Constitutional Principles. Humanity. Personality.

1. INTRODUÇÃO

A situação carcerária no Brasil é um dos maiores problemas a serem enfrentados por governantes de todas as esferas de poder. A aplicação das penas mostra-se extremamente necessária para a efetividade do direito penal, para a concretização da segurança pública e para a promoção do bem-estar e a paz social, todavia, no cenário brasileiro, a violação de direitos humanos dos sentenciados à pena privativa de liberdade é patente.

O Brasil é o terceiro país que mais encarcera pessoas no mundo, atrás somente dos Estados Unidos e China, tendo atingido a marca de 910.513 presos conforme boletim do Conselho Nacional de Justiça⁴.

A Constituição Federal, no escopo de velar pela dignidade da pessoa humana, estabeleceu a necessidade de proteção dos direitos individuais e fundamentais do indivíduo, proibindo penas cruéis ou desumanas, além de delimitar a responsabilização pessoal do indivíduo pelo fato cometido, de modo a afastar o direito penal brasileiro de qualquer resquício do denominado direito penal do autor ou direito penal do inimigo.

As evoluções legais que afastaram a possibilidade de aplicação de penas bárbaras e cruéis representam significativo avanço para a promoção dos direitos humanos, mas a realidade prática das penitenciárias e cadeias brasileiras demonstra que ainda são necessárias inúmeras políticas públicas voltadas ao encarceramento e consequente aumento da efetividade do direito penal, comprometido com a dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, em razão da complexidade do problema e da necessidade de efetivação de políticas públicas voltadas à garantia dos direitos fundamentais à população encarcerada, por todas as esferas de poder. De igual forma, a inobservância da Constituição Federal na aplicação do Direito Penal e Processual Penal é uma das principais razões dessa violação generalizada de direitos.

O presente artigo busca, pois, estudar a evolução das penas no sistema criminal, ressaltar a importância da observância dos princípios da Humanidade e da Individualização das penas, de modo concluir pela necessidade de inúmeras ações do poder público voltadas para superar o Estado de Coisas Inconstitucional e a violação generalizada de direitos humanos e fundamentais no sistema carcerário brasileiro, sempre com vista à aplicação do Direito Penal e Processual Penal à luz da Constituição Federal.

4 Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>, consulta em 08.08.2022.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

Na Idade Antiga e na Idade Média, até o século XVIII, as penas criminais tendiam a ser corporais e demasiadamente aflitivas, sendo expressão do poder absoluto estatal e forma de reprimir o mal causado pelo agente infrator.

O direito era predominantemente sacral, místico e divino. A concepção de penalidade visava precipuamente manter o poder e a ordem hierárquica entre as diversas classes, castas ou estamentos sociais. A pena apresentava-se por uma concepção bárbara, promovendo a divisão dos delitos em públicos e privados. Aqueles seriam reprimidos com penas corporais cruéis, ao passo que estes seriam perseguidos e reprimidos pela própria vítima ou seus familiares. (PRADO, 2019b).

O Direito Romano, por sua vez, antes de tudo, era estritamente legalista, visto como manifestação do poder político, ao qual o *ius puniendi* estava estritamente relacionado. As penas tinham caráter fixo e imperativo e, em alguns casos, eram tidas como expressão religiosa. Nesse período, prevaleceu a compreensão de que a função da pena era destacadamente retributiva e intimidativa.

A pena de morte era aplicada e executada de diversas maneiras, tais como: decapitação, crucificação, *cuellum* (o agente era introduzido e costurado num saco de pele, com outros animais, e após atirado no mar); *ad gladium* (decapitação por meio de espada); *damnatio ad bestias* (o agente era oferecido como comida a animais no teatro público). Além da pena capital, outras cruéis também eram aplicadas, como a deportação, o confisco de bens, expulsão, exílio voluntário, escravidão nas minas, entre outras. (PRADO, 2019b).

A Lei das XII Tábuas ainda previa, entre as penas corporais, a flagelação, a qual era distinguida de acordo com o instrumento empregado: *fustibus* (bastão de pau), *virgis* (vara) e *flagelis* (chicotes de couro).

Resquícios de crueldade também foram verificados no direito penal germânico e canônico.

No período medieval, o delito era visto como doença e a pena como remédio. A legislação penal da época se caracterizava por grande crueldade na execução da pena, cujo objetivo era apenas vingança social, intimidação e eliminação. O lema era “causar mal ao corpo e à alma, e corrigir o mal”. (PRADO, 2019b, p. 61).

Aníbal Bruno bem destaca os excessos penais cometidos nesse período histórico:

[...] sob o regime desse direito, nos países, nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criava em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. (BRUNO, 1977, p. 88-89).

Com efeito, nesse período, eram aplicadas além da pena de morte, enterro de pessoa viva, penas de mutilação, castração, marca de ferro quente, açoite, confisco, expulsão e outras.

Em síntese, até a Revolução Francesa e o período Iluminista, o direito criminal era totalmente desumano, razão pela qual Voltaire denominou os magistrados de seu tempo de *bárbaros de toga*.

De fato, apenas após o Século XVIII, denominado século das luzes, é que se verificou uma reação humanitária e reformadora decorrente do Iluminismo e da Revolução Francesa. Tal período foi caracterizado por uma crítica racional a todas as áreas da experiência humana.

O teocentrismo típico do medievo é substituído pela soberania da razão humana e a secularização do direito. No pensamento penal iluminista, a questão punitiva desvincula-se de questões éticas e religiosas. O delito encontra seu sentido no contrato social e a pena é tida como medida preventiva. A propósito, valendo-se de bases racionais e humanas, há o abrandamento das penas criminais e preferência por sanções detentivas e pecuniárias.

O ser humano, nesse período, é alçado ao mais alto dos valores. Nesse sentido, os reformistas propõem uma resposta penal mais certa e mais moderada, justa e humana, reduzida ao que é necessário ao interesse da sociedade. (PRADO, 2019b).

Segundo Asúa Batarrita "*decían los Ilustrados, que las Luces traerían la libertad*" (ASÚA BATARRITA, 1990, p. 36), ou seja, com o Iluminismo, as luzes trariam a liberdade, transformando o pensamento e modificando a visão do binômio pena – ser humano.

Nesse ponto, importante destacar a importância da obra *Dei delitti e dele pene* publicado em 1764 por Beccaria, inspirado nas concepções de Montesquieu, Rousseau, Locke e Helvétius. Aludida obra marcou o nascimento do direito penal moderno, uma vez que tal autor foi o primeiro a desenvolver a ideia da estrita legalidade dos crimes e das penas, erigindo três postulados fundamentais: legalidade pena, estrita necessidade de incriminações e penologia utilitária.

No tocante à pena, Beccaria destacou que a finalidade da pena é a prevenção geral e a utilidade, vale dizer, a pena deve ser necessária, aplicada com presteza, determinada, suave e proporcional ao delito; defendeu ainda a abolição da tortura e da pena de morte.

Nessa época, também se destacou Lardizábal, responsável por realçar a regra da proporcionalidade na aplicação das penas. De fato, as penas deveriam ser proporcionais e suficientes para conter o delito e corrigir o delinquente.

No Brasil Imperial, o iluminismo jurídico penal também se fez presente, na medida em que deu origem ao Código Penal de 1830 e estudos variados.

Beccaria e seus precursores foram expoentes da denominada escola clássica, a qual tinha viés liberalista, garantista e humanitário. Francesco Carrara é considerado o grande representante da aludida escola. Dentre seus postulados, destacam-se a visão da pena como meio de tutela jurídica e como retribuição da culpa moral comprovada pelo crime.

No contexto desta escola, o objetivo primeiro da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade, alterada pelo delito. Consequentemente, a sanção penal deve ser aflitiva, exemplar, pública, certa, proporcional ao crime, célere e justa. (PRADO, 2019b).

Não obstante, algumas críticas à escola clássica podem ser apontadas como a exclusão do exame da personalidade do agente, já que parte da premissa de que todo homem é absolutamente livre; a exclusividade da pena como instrumento de defesa contra o crime, reduzindo-a à prevenção geral e a ignorância total da execução da pena, pois considera que o problema do direito penal se encerra com a condenação.

Com efeito, a pena teve diferentes significados para cada uma das principais escolas do Direito Penal, é o que se pode observar nos itens elencados abaixo.

Para a escola positiva a pena era concebida como meio de defesa social, com função preventiva e ainda defendia melhor individualização da reprimenda, seja no âmbito legal, judicial ou executivo. Já para a escola crítica a pena possui função defensiva ou preservadora da sociedade. Segundo a escola moderna alemã, a pena e a medida de segurança se mostram como um duplo meio de luta contra o delito, realçando o caráter defensivo da pena, a qual deve ser orientada conforme a personalidade do delinquente, coexistindo a prevenção geral e a prevenção especial, com prevalência desta e, finalmente, a escola penal humanista concebia a pena como medida educativa.

Certo é que dentro do contexto histórico e social de cada época a pena foi sendo reinterpretada e sua execução também, alterando inclusive e especialmente a forma de se ver a pessoa do infrator, inserindo-se novos conceitos ao Direito Penal.

Por isso, se traz à baila as penas previstas em nossa legislação penal para posteriormente vê-las sob o aspecto dos Princípios da Humanidade e da Pessoaalidade das penas.

De fato, o constitucionalismo contemporâneo impõe que a aplicação e execução do direito penal e mais especificamente das penas seja pautada pela observância dos direitos fundamentais e da garantia de mecanismos processuais capazes de concretizar a proteção a aludidos direitos.

Nesse contexto, José Alfredo de Oliveira Baracho bem destaca o escopo de proteção das garantias fundamentais à luz da Constituição Federal:

O constitucionalismo contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetivá-las pelo crescimento de novos instrumentos do Processo Constitucional.

A proclamação que advinha da “Declaração Francesa dos Direitos do Homem”, em seu artigo 16 (as sociedades em que a separação de poderes não está assegurada e os direitos do homem não estão reconhecidos, carecem de Constituição), torna-se cada vez mais importante para os dias de hoje.

A recepção dos direitos fundamentais, pelas Constituições, leva-nos aos mecanismos essenciais à efetiva proteção dos mesmos, tornando-os eficazes. [...]

A efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos. A efetividade ou eficácia dos direitos fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso ocorrem as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio da realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que a interpretação deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material. O objetivo da garantia é a realização efetiva dos direitos fundamentais. A liberdade jurídico fundamental opera-se pelo exercício pleno da cidadania, quando em todos os momentos encontramos mecanismos para exercitá-los de maneira direta, por via jurisdicional. (BARACHO, 1997, p. 66).

Nos dias atuais, principalmente em nosso país, um dos grandes desafios postos é a necessidade de compatibilização da garantia de segurança pública aos cidadãos, com a correta aplicação das normas de Direito Penal, com o respeito à dignidade dos condenados, pois “o Direito Penal só será bem interpretado se amoldado às novas necessidades do Estado contemporâneo, com seus objetivos substanciais a serem alcançados. É a chamada interpretação teleológica-constitucional do Direito Penal” (CARVALHO, 1992, p. 142).

Nessa esteira, o que se observa na prática brasileira é a reiterada violação dos direitos e garantias objeto do presente estudo, o que culminou, inclusive, na declaração do Estado de Coisas inconstitucional nos presídios brasileiros, de modo que se faz necessária a implementação de inúmeras políticas públicas voltadas a extirpar ou amenizar a situação crítica e caótica vivenciadas nos presídios brasileiros.

3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA HUMANIDADE DAS PENAS

A evolução do direito penal exigiu uma mudança no caráter das penas aplicadas. Principalmente após o Iluminismo e a Revolução Francesa, passa-se, paulatinamente, das penas de morte e corporais para as penas privativas de liberdade e destas para as penas alternativas, tais como multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana.

O princípio da humanidade das penas está intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, que veda qualquer sanção cruel, tratamento desumano ou degradante.

Segundo Bustos Ramírez a dignidade da pessoa humana é “o último e fundamental limite material à atividade punitiva do Estado” (PRADO, 2019b, p. 154). O princípio ora em estudo não circunscreve o Direito Penal ou o Processual Penal, mas deve nortear todos os atos dos poderes do Estado, afastando qualquer sofrimento físico ou moral que possam contribuir para a degradação ético-social da pessoa humana.

O Princípio da Humanidade está também estritamente relacionado aos princípios constitucionais da culpabilidade, da igualdade e da personalidade da pena. A punição jurídica do delito não pode se traduzir na violência do homem ao homem.

De acordo com o princípio da humanidade das penas, independentemente da gravidade da conduta realizada, do dano social causado ou dos efeitos ressocializadores que se pretende obter, é inadmissível a cominação, aplicação ou execução de sanções penais eticamente consideradas inaceitáveis.

Vários tratados internacionais foram editados com o fito de afastar a aplicação de penas degradantes ao gênero humano.

A Declaração dos Direitos do Homem de 1948 preconizou, nos arts. III e V, que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu art. 7º, estabeleceu que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.”

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu art. 1º, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Além

disso, dispõe em seu art. 5º, inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”. E, ainda, no art. 5º, XLVII, que “não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis”, como já citado anteriormente. Ademais, no inciso XLIX do mesmo dispositivo, “assegura aos presos o respeito à integridade física e moral”.

No que tange à previsão das penas aplicáveis aos crimes, inicialmente tem-se no texto constitucional a previsão de algumas modalidades com possibilidade de aplicação de outras penas regulamentadas em lei, vale dizer, privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 32, prevê especificamente as modalidades de pena passíveis de aplicação, quais seja, privativas de liberdade, na modalidade reclusão ou detenção; restritivas de direito, dentre as quais, prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana. Prevê ainda a pena de multa (BRASIL, 1940).

Quanto às privativas de liberdade, esclarece-se que a reclusão será cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, aplicando-se aos delitos mais graves, já a detenção se cumprirá, em regra, em regime semiaberto ou aberto, sendo aplicada aos delitos menos graves, nos termos do art. 33 do Código Penal com demais regras delineadas nos parágrafos deste artigo e nos artigos que seguem⁵.

Neste sentido, vale a citar o art. 38 do Código Penal, pois este limita a pena a tão somente perda da liberdade, ou seja, afeta apenas a liberdade de locomoção e exigindo o respeito à integridade física e moral do condenado por parte das autoridades; note que a privação total à liberdade de locomoção acontece nos regimes fechado e semiaberto, enquanto no regime aberto há uma restrição à liberdade. Assim, as demais liberdades do condenado, tais como de religião, profissão e pensamento, são mantidas e devem ser igualmente respeitadas⁶.

Vale repisar que vários dispositivos constitucionais estabelecem garantias a serem observadas quando da execução das penas privativas de liberdade, destacando-se no art. 5º da Constituição Federal Brasileira⁷.

5 Art. 33- A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º- Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º- As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º- A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º- O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (BRASIL, 1940).

6 Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. (BRASIL, 1940).

7 III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;

Em resumo, tendo sua pena definida e sua liberdade de locomoção limitada, o condenado ainda assim deverá ter assegurado tratamentos humanos e não degradantes, cumprindo sua pena em local distinto, considerando seu delito, idade e sexo (para mulheres lactantes devem ainda ser asseguradas condições necessárias para o período de amamentação), sendo vedada a tortura, penas de morte, de caráter perpétuo e cruéis.

Outras modalidades de penas são as restritivas de direito, previstas no Código Penal nos artigos 43 até 48, já elencadas acima. Nos termos do art. 44, estas penas são autônomas e substituem as privativas de liberdade nas situações definidas nos seus incisos – estes trazem os requisitos para a substituição, sendo que a conversão das penas é regulamentada nos artigos 46 a 48, conforme a modalidade a ser aplicada.

A pena de multa é regida pelos artigos 49 até 52 do Código Penal e consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário de quantia a ser fixada na sentença e calculada no mínimo de 10 e no máximo 360 dias-multa, devendo ser paga dentro de 10 dias após o trânsito em julgado da sentença ou em parcelas mensais, caso requerido pelo condenado ao juiz e conforme as circunstâncias.

Nesse contexto, impende ressaltar que os princípios constitucionais da humanidade e pessoalidade das penas devem informar tanto a atuação do legislador ordinário na previsão abstrata das sanções penais, como o aplicador e executor da pena, que devem sempre estar comprometidos com os caros princípios constitucionais objeto do presente estudo. Só assim restará concretizado o Direito Penal Constitucional. A execução de políticas públicas voltadas à garantia desses direitos durante a execução das penas é crucial para afastar a violação generalizada de direitos humanos e fundamentais nos presídios brasileiros.

Nas lições de Zaffaroni, o princípio da humanidade torna inconstitucional qualquer pena ou consequência do delito que resulte em uma deficiência física, como morte, amputação, castração, esterilização, intervenção neurológica ou também qualquer consequência eterna do delito. (ZAFFARONI, 1991).

Nesse contexto, vale citar as lições de Giuseppe Bettiol:

Tal princípio constitui corolário da superior exigência de que toda norma constitucional deve respeitar a natureza racional da pessoa humana. A Constituição é feita para a salvaguarda da dignidade e dos direitos de liberdade do cidadão. Uma pena que, na enunciação conceitual ou na sua execução, fosse capaz de desrespeitar a dignidade física e ou moral do condenado, não seria constitucional. Assim, por exemplo, a fustigação, a mutilação, a castração o pelourinho, os tratamentos carcerários cruéis, a segregação celular contínua. Este princípio de humanização não implica contudo em uma debilitação da função punitiva, como se fosse obrigatória uma gradual mitigação da execução penal até apagar toda a diferença entre a vida do cárcere e a de fora como hoje alguns sustentam. **Humanizar as penas significa abandonar modalidades de execução que obstaculizem ou impeçam o processo de regeneração do condenado, mas não quer absolutamente dizer abandono de todo o critério**

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; [...]. (BRASIL, 1988).

de severidade e seriedade, sem o qual a pena retributiva acaba no ridículo e se compromete gravemente a segurança social. (BETTIOL, 1971, p. 60-61). (Grifo nosso).

O princípio da humanidade das penas busca então equilibrar o caráter punitivo da condenação com base em regras condizentes com arcabouço legal vigente e adotado, mediante uma execução efetiva, com as garantias de proteção à pessoa do condenado, como o respeito na tratativa e a manutenção de seus direitos constitucionais como preso e como cidadão.

Discorrendo sobre o mesmo tema Luiz Regis Prado enfatiza que a importância do princípio em estudo na execução de penas privativas de liberdade:

A ideia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas (ex. multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana. Em um Estado Democrático de Direito, vedam-se a criação, a aplicação ou a execução da pena, bem como de qualquer outra medida que atentar contra a dignidade humana (v.g., tratamento desumano ou degradante). (PRADO, 2019a, p. 114).

É certo que embora o arcabouço constitucional assegure o respeito à humanidade das penas, ainda hoje verificamos inúmeras hipóteses de violação a esse princípio. Nesse sentido, assevera Márcia Freitas de Oliveira:

[...] violações aos direitos da pessoa privada de liberdade ocorrem, pois há um **descompasso entre a legislação e aplicação desta, em razão da falta de estrutura física e humana dos locais de internação e do desrespeito dos agentes estatais com a dignidade das pessoas.** Mas, essas violações também ocorrem porque **alguns dispositivos da legislação penal contrariam o princípio da humanidade**, mesmo que aplicados conforme a legislação; **e, também, porque, em alguns casos, apesar de a legislação ser condizente com a humanidade, os aplicadores da lei fazem interpretação que divergem desse princípio.** (OLIVEIRA, 2014, p. 213). (Grifo nosso).

No cenário de superlotação e falta de estrutura de nossos estabelecimentos penitenciários, Luciano Meneguetti Pereira destaca a reiterada violação dos direitos humanos e fundamentais nos presídios brasileiros:

O que se constata atualmente no país é que, no momento em que uma pessoa é reclusa, ela acaba não apenas dando início ao cumprimento da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta pelos crimes praticados, mas se torna vítima de uma série de violações de direitos que lhe são garantidos por normas domésticas e internacionais. A punição estatal torna-se então um castigo em virtude da falta de respeito com a sua vida e sua dignidade. [...]

A violência que vem ocorrendo em unidades prisionais de alguns Estados brasileiros, como Rio Grande do Sul, Rondônia, Pernambuco, Maranhão, Rio de Janeiro, São Paulo e mais recentemente Roraima e Amazonas, foi responsável nos últimos anos por dizimar, de forma muitas vezes trágica, a vida de centenas de presos e violar a integridade física de outros milhares.

Além do direito à vida e à segurança, muitos outros direitos constitucionais dos presos têm sido violados em razão da precariedade do sistema prisional brasileiro, tais como o direito à integridade física e moral (art. 5º, inc. XLIX), o direito de não ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degra-

dante (art. 5º, III), a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, alínea “e”) e o efetivo direito à saúde (CRFB, art. 196), dentre outros. (PEREIRA, 2017, p. 172-173).

Desse modo, ainda que sejam adotados os mais completos sistemas legais de proteção à pessoa do condenado, haverá um caminho longo e complexo a ser percorrido tanto pelo Poder Público quanto pela sociedade, exigindo a conscientização dos operadores de todas as searas envolvidas para que exerçam suas funções observando estritamente os deveres, direitos e garantias previstas na Constituição Federal, especialmente quanto ao tratamento humano para com condenados.

4. PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DAS PENAS

O princípio da pessoalidade e individualização das penas encontra-se estampado na Constituição da República no art. 5º, inciso XLV, estabelecendo que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.” (BRASIL, 1988).

Constituições como a francesa e a italiana também preveem tal princípio, por ter relação estrita com a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

Os excessos cometidos pelos juízes na Idade Média impulsionaram Cesare de Beccaria propor uma limitação extrema ao arbítrio judicial, de modo que o juiz não deveria sequer interpretar a lei, mas apenas aplicá-la em seus estritos termos. O Código Penal Francês de 1791 foi extremamente rigoroso nesse sentido, de modo que ao juiz caberia apenas a aplicação mecânica da lei. Ao verificar o radicalismo de tal posição, o Código Penal Francês de 1810 previu limites mínimos e máximos, dentre os quais poderia variar a reprimenda, de acordo com o caso concreto. A partir daí, atribuiu-se maior importância ao princípio da individualização da pena e sua expansão nos ordenamentos jurídicos modernos. (BITENCOURT, 2006).

De acordo com o princípio da pessoalidade, apenas o autor da infração penal responde pela sua prática, sendo inadmissível a punição por fato alheio. E mais, o direito penal deve estar comprometido com a punição do indivíduo pelos fatos efetivamente praticados, devendo afastar-se da teoria do direito penal do inimigo.

A responsabilidade penal é sempre de caráter pessoal ou subjetiva, própria do ser humano, resultado de sua ação ou omissão, não sendo possível a responsabilização por fato alheio, por representação ou pelo resultado. Trata-se de responsabilidade penal pessoal por fato próprio materialmente causado e, ao mesmo tempo culpável. (PRADO, 2019b).

Logo, a sanção criminal não pode ser transmitida a terceiros. A responsabilização criminal apenas deve recair sobre quem é autor, partícipe ou instigador, segundo seu comportamento e sua culpa. Está intimamente relacionado à autoria e à participação, bem como à imputação subjetiva e à culpabilidade.

Nesse contexto, o princípio da pessoalidade da pena, está intimamente relacionado ao princípio da individualidade da pena, devendo se manifestar desde a cominação feita pelo

Poder Legislativo, na aplicação realizada pelo Poder Judiciário e na efetiva execução da pena, fiscalizada por atos administrativos do Poder Executivo.

Pelo princípio da individualização da pena, esta deve ser proporcional ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico protegido e a medida de segurança relacionada à periculosidade criminal do agente.

A necessidade de individualização da pena está expressa no art. 5º, incisos XLVI, XLVIII, XLIX, L, todos da Constituição da República, transcritos abaixo, segundo os quais de fato, a lei deverá regular a individualização da pena e, adotará, dentre outras, a privação ou restrição de liberdade, a perda de bens, multa, prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos. Na fase de execução, a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado e às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos no momento da amamentação⁸.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento, com a edição recente de inúmeras súmulas a respeito ao princípio da individualidade da pena, visando prevenir abusos judiciais comumente verificados, destacando-se a Súmula Vinculante 26 e as Súmulas 718 e 719, cujos verbetes são os seguintes:

Súmula Vinculante 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Súmula 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Portanto, na análise de cada caso o julgador deve mediante uma avaliação criteriosa de todos os aspectos relacionados, não apenas de um ou outro aspecto, mas sim do conjunto, determinar a pena a ser cumprida, com isenção e parcialidade, desconsiderando sua opinião e critérios pessoais de julgamento, sendo que somente por motivações idôneas será possível a exigência de cumprimento mais severo do que o determinado.

Enfim, no tocante à individualização da pena tem prevalecido no direito brasileiro a “polifuncionalidade” da sanção penal, que mescla a função retributiva, como resposta penal adequada à ofensa de determinado bem jurídico, e a função ressocializadora presente na individualização pelo juiz ou presente na execução, em que se baseia na pessoa do acusado.

8 [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; [...] (BRASIL, 1988).

De fato, o que se percebe é que muitos presos são esquecidos no precário sistema prisional brasileiro, sem assistência jurídica suficiente para implementar o princípio constitucional da individualidade das penas, impondo a atuação de todos os Poder Públicos, inclusive Ministério Público e Defensoria Pública, no sentido de efetivar os direitos fundamentais dos que estão encarcerados de forma injusta ou inadequada.

5. A NECESSIDADE DE EFRENTAMENTO E SUPERANÇA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A realidade carcerária brasileira é uma das questões mais sensíveis da realidade social e jurídica. A violação de direitos humanos e fundamentais são constantes no interior dos presídios brasileiros, sem a apresentação de alternativas contundentes capazes de amenizar essa deplorável situação. O que se observa é um reiterado desrespeito e profunda ineficácia das normas constitucionais.

A superlotação e a situação degradante dos presídios violam não só a Constituição da República e diversas normas internas, mas vários instrumentos internacionais dos quais o Brasil faz parte como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; as Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos, de 1955; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1948.

Conforme repisado neste trabalho, os princípios constitucionais da Humanidade e Pessoalidade das penas impõem um olhar dos Poder Públicos para a situação lastimável dos presídios brasileiros, nos quais a violação de tais direitos é recorrente e parece se intensificar.

A situação precária que envolve o encarceramento em nosso país é abordada por Luciano Meneguetti Pereira:

Levantamentos estatísticos feitos no ano de 2015 revelaram que o número de presos no país dobrou nos últimos 10 anos, passando de aproximadamente 300 mil em 2005, para mais de 600 mil em 2015, o que acabou por gerar um déficit de 244 mil vagas, uma vez que o país, naquele momento, contava com 615.933 presos alocados em 371.459 vagas disponíveis nos presídios. Naquela ocasião aferiu-se que muitos presos (39%) estavam encarcerados provisoriamente, um fator de agravamento da situação. [...]

Outro dado que revela a precariedade do sistema prisional é a ausência ou ineficiência de organização, integração e intercomunicação entre os órgãos e estabelecimentos prisionais, bem como a falta de gestão eficaz nas unidades penitenciárias e de controle de expedientes ligados à execução das penas. Dados oficiais apontam que mais de 60% das unidades prisionais não têm controle sobre o tempo de privação de liberdade dos presos, embora haja gastos anuais absurdos para manutenção e custeio de pessoal (idem).

[...]

Atualmente a superlotação tem constituído o maior fator de potencialização das violações de direitos humanos no interior dos presídios brasileiros, pois dá ensejo a motins, rebeliões e disputas entre facções criminosas, que acabam culminando em centenas de mortes violentas, além de ocasionar toda a forma de violência (física, psíquica, moral, sexual) entre os presos, o vício em drogas e a proliferação de diversas doenças infectocontagiosas, dentre outros males que tem atingido a população carcerária. (PEREIRA, 2017, p. 170-172).

Vários são os problemas existentes nos presídios brasileiros que configuram verdadeira violação aos direitos humanos e fundamentais, dentre os quais destacam-se: superlotação; péssimas condições de higiene; falta ou ausência de tratamento médico e psicológico adequados; condições insatisfatórias de alimentação e vestuário; falta de assistência jurídica adequada; falta de estrutura física interna adequada; tratamento cruel e degradante por parte de agentes penitenciários, dentre outros.

A pandemia da COVID-19 escancarou ainda mais os sérios problemas existentes nas penitenciárias brasileiras. A exigência de distanciamento social para contenção da transmissão do vírus mostrou-se totalmente incompatível com a superlotação e falta de estrutura carcerária. O que se verificou foi a contaminação generalizada em vários presídios, aprofundando a vulnerabilidade da população carcerária. Poucas ações efetivas foram concretizadas para amenizar toda a problemática.

Ana Paula de Barcellos alerta para o pensamento equivocado de parte significativa da população, que acredita e defende a perda de qualquer direito ou dignidade por parte da população encarcerada. Todavia, o que de fato ocorre é que a própria sociedade livre sofre os efeitos deletérios do tratamento desumano verificado nos cárceres brasileiros, que acaba por produzir mais violência. Ao invés de proporcionar qualquer ressocialização ou recuperação do preso, o sistema prisional acaba por gerar ainda mais violência. Conforme ressalta *“o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência.”* (Barcellos, 2010, p. 46)

De fato, o que se verifica atualmente é um Estado de Coisas Inconstitucional nos presídios brasileiros, vale dizer, um quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de ações ou omissões perpetrados por várias autoridades públicas que, para ser superado, impõe transformações e mudanças nos três poderes da República, que resultem na construção de soluções estruturais aptas a afastar a situação de inconstitucionalidades declaradas.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional está relacionada a questões estruturais, caracterizadas por envolver violação de direitos de um grande número de pessoas; o envolvimento de entidades estatais, que são demandadas judicialmente em razão de sua responsabilidade por falhas reiteradas na implementação de políticas públicas; culminam em ordem de execução mais complexas, em que o Poder Judiciário determina que vários atores públicos empreendam ações coordenadas para a proteção de toda a população afetada e não apenas das partes envolvidas no caso específico.

Com efeito, o Estado de coisas inconstitucional consiste em técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional de Colômbia, no bojo da decisão SU-559 de 1997, cujo escopo foi enfrentar violações sistemáticas e graves aos direitos fundamentais, além de superar profundas falhas estruturais em políticas públicas adotadas pelo Estado, exigindo ações conjuntas

dos diversos atores estatais. No caso específico, restou reconhecida a distribuição desigual do subsídio educativo do Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério entre os vários municípios e departamentos daquele país. (Colômbia, 1997, SU-559)

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em relação a presídios brasileiros por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 Distrito Federal. Na ocasião, o relator Ministro Marco Aurélio Mello bem destacou:

[...] a superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. [...]

Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo. [...]

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. [...]

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. (BRASIL, 2015, p. 6-10).

Mariana Rezende Guimarães elucida o quadro fático calamitoso que justificou aludida decisão:

O perfil do detento compilado pelo levantamento do Infopen robusta o caráter altamente seletivo do sistema penitenciário brasileiro: 56% da população prisional é composta por jovens, 67% é negra, 15% é analfabeta ou alfabetizada sem cursos regulares e 53% possui o ensino fundamental incompleto. Esse quadro calamitoso do sistema prisional brasileiro foi objeto de condenações do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos [...] A situação prisional brasileira é semelhante àquela encontrada pela Corte Constitucional da Colômbia, na época da prolação da sentença T-153/98, em que se constatou uma situação de violação massiva de direitos fundamentais, cujas causas são de natureza estrutural, isto é, exigem, para a solução, uma atuação coordenada de distintas entidades estatais. A omissão estatal é um resultado perverso da lógica do princípio da maioria norteador dos regimes democráticos, conforme constatado pela Corte colombiana. Os presos condenados não possuem direito ao voto e, conseqüentemente, não possuem relevância quando são formuladas as políticas públicas. (GUIMARÃES, 2017, p. 91-109).

De fato, o reconhecimento da violação generalizada de direitos humanos e fundamentais das pessoas encarceradas pode representar importante passo na determinação de políticas públicas eficazes e efetivas que sejam capazes de extirpar ou ao menos amenizar a aviltação de direitos dos presos, de modo que os princípios da humanidade e individualização das penas sejam garantidos e respeitados pelos poderes públicos.

A decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema escancara a necessidade de todos os poderes deixarem a inércia e voltarem a atenção para a violação generalizada de direitos nas prisões brasileiras. Nesse contexto, Daniel Sarmento ressalta a importância da atuação positiva do Poder Judiciário, em consonância com a efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais assegurados na Constituição Federal de 1988:

Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais. Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se frequentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro 'leva a sério' os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna. (SARMENTO, 2009, p. 371).

A violação generalizada de direitos dos presos e que requer providências urgentes e efetivas por parte de todos os poderes da república é característica do estado de coisas inconstitucional, como bem destaca Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Trata-se de graves deficiências e violações de direitos que se fazem presentes em todas as unidades da Federação brasileira e podem ser imputadas à responsabilidade dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Significa dizer: são problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de aplicação da lei penal." [...] Por certo que, não se trata de inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto vem se mantendo incapazes e manifestado falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa quanto ao tema da criminalização das drogas, razão maior das prisões. O próprio Judiciário tem contribuído com o excesso de prisões provisórias, mostrando falta de critérios adequados para tanto. Falta estrutura de apoio judiciário aos presos. Trata-se, em suma, de mau funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos. (CAMPOS, 2015, p. 220-220).

Nesse contexto, impende que todos os Poderes estejam efetivamente comprometidos com a aplicação e execução das sanções penais à luz da Constituição Federal, de modo que os princípios constitucionais relacionados sejam observados e garantidos. De igual forma, os mecanismos processuais garantidores de tais direitos devem permanecer hígidos e, de fato, serem suficientes para proteger aludidos direitos, sob pena de não ser possível superar o quadro de violação generalizada atual.

Ricardo Antônio Menezes Cabral Fagundes, nesse diapasão, assevera a necessidade de se conjugar os esforços de todos os poderes na solução da problemática, uma vez que o problema

é social e não eminentemente jurídico, razão pela qual imperiosa a concretização de medidas orçamentárias, administrativas e legislativas para a superação da violação generalizada de direitos fundamentais. (FAGUNDES, 2016, p. 213)

Aqui, é importante não perder de vista a lição de Zaffaroni, e Pierangeli sobre a necessidade de submissão do Direito Penal aos valores da Constituição, ou seja:

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional. (ZAFARONI e PIERANGELI, 2002, p. 135)

Por fim, é necessário registrar que o crime não subtraiu o seu autor a sua natureza humana e conforme advertência de Michel Foucault, “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade” (2002, p. 63)

De igual forma, a ausência de vontade política na implementação de políticas públicas comprometidas com a melhora da situação carcerária não pode mais ser tolerada pelos cidadãos e muito menos pelo Poder Judiciário, que deve zelar pela garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

6. CONCLUSÃO

O princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana deve nortear toda a previsão do Direito Penal e Processual Penal. A Constituição estabeleceu a necessidade de proteção dos direitos individuais e fundamentais do indivíduo, de forma a vedar penas cruéis ou desumanas, além de circunscrever a responsabilização pessoal do indivíduo pelo fato cometido, tencionando afastar o direito penal brasileiro de qualquer resquício do denominado direito penal do autor ou direito penal do inimigo.

A evolução histórica das penas demonstra que a época de barbáries e crueldade ocasional violação direta aos valores e princípios mais importantes ligados à dignidade humana. Assim, as conquistas legais devem ser mantidas e aperfeiçoadas, de modo a sempre diminuir o sofrimento, mas aumentar a efetividade do direito penal, comprometido com o ser humano.

A declaração pelo STF do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro revela a complexidade do problema e a necessidade de efetivação de políticas públicas voltadas à garantia dos direitos fundamentais à população encarcerada. É necessário que os três poderes da República envidem esforços no sentido de solucionar as mazelas e violações reiteradas de direitos humanos nos presídios brasileiros.

Afinal, para que sejam efetivos, há de se ter a conscientização dos três Poderes, por seus operadores, quanto ao real significado dos princípios constitucionais envolvidos, pois só então será possível se garantir à pessoa do condenado a individualização da pena e a dignidade e humanidade na tratativa, do início do processo penal ao final da execução. A pandemia da COVID-19 escancarou ainda mais os problemas advindos da precariedade do nosso sistema prisional, com contaminação generalizada de preses e ausência de atendimento médico efetivo e satisfatório.

É necessária a compreensão de que o direito penal e sua aplicação devem visar não o sofrimento ou a utilização do mal pelo mal, mas sim a efetividade do ramo mais severo do direito, sempre comprometido com a legalidade, fragmentariedade e intervenção mínima. É imprescindível que as defensorias públicas funcionem e estejam aparelhadas, sempre com vistas à proteção dos Direitos Fundamentais. É imperiosa a aplicação e execução das penas à luz da Constituição Federal, de modo que o Processo Penal esteja comprometido com todos os direitos e garantias previstos na Carta Magna.

Por isso, há muito o que se caminhar na busca pelo equilíbrio entre a necessidade de garantir a proteção social decorrente da aplicação do Direito Penal e o respeito aos Direitos Humanos e Fundamentais das pessoas apenadas, pois não somente há uma lacuna na relação entre servidores, cidadãos e condenados, como também há a falta de investimentos públicos e de políticas públicas para que as penas aplicadas sejam efetivas e cumpram sua função social de ressocialização, afastando o Estado de Coisas Inconstitucional que vivenciamos.

REFERÊNCIAS

- ASÚA BATARRITA, Adela. Reivindicación o superación del programa Beccaria. **El pensamiento penal de Beccaria- su actualidad**. Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 1990.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Artigo. 1997. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Ano 1. n. 1 1965-1997. rev 55-56. Belo Horizonte, MG, p. 56-68. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/rev_55_56.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Violência Urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**. nº 254, maio/ago. 2010, p. 39-65.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Tomo I. Tradução Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. Volume II. São Paulo: Editora RT, 1971.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Boletim Nacional de Mandados de Prisão**. Brasília, disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>, acesso em 08.08.2022.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 27 jun. 2022.
- COLÔMBIA. **Corte Constitucional da Colômbia**. Sentença SU-559/1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 23 jan. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em: 02 jan. 2022.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por Omissão do “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação

em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização (Direito Público). Rio de Janeiro, 2015.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

FAGUNDES, Ricardo Antonio Menezes Cabral. **O sistema prisional brasileiro frente à omissão estatal e ao estado de coisas inconstitucional: uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas**. Natal: Caravela Selo Editorial, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017. Acesso em 23 jan. 2023.

OLIVEIRA, Márcia Freitas de. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. 2014. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Penal Medicina Forense e Criminologia). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032015-152711/publico/MarciadeFreitasOliveiraOprincipiodahumanidade.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2022.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. O estado de coisas inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. Artigo. 2017. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**. Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun., 2017. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206>. Acesso em: 27 jun. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. Volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

SARMENTO, Daniel. Reserva do Possível e Mínimo Existencial, in: **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Gen/Forense, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – Parte General**, 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 08/08/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/08/2022
- Avaliação 1: 29/09/2022
- Avaliação 2: 29/12/2022
- Decisão editorial preliminar: 29/12/2022
- Retorno rodada de correções: 25/01/2023
- Decisão editorial/aprovado: 06/02/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

TELEVISÃO: SERVIÇO PÚBLICO, REGIME JURÍDICO E NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS

TELEVISION: PUBLIC SERVICE, LEGAL REGIME AND NEED FOR ADAPTATION TO CONSTITUTIONAL DICTATIONS

CLÁUDIO IANNOTTI DA ROCHA¹
PEDRO MACHADO TAVARES²

RESUMO

O presente artigo jurídico tem por escopo apresentar o sistema televisivo brasileiro sob o aspecto constitucional e legal, inolvidando a sua realidade fática hodierna. Tal sistema é revelado e definido como serviço público de radiodifusão de sons e imagens, decorrendo, daí, um fluxo de normas (princípios e regras) que objetivam delinear o espaço pelo qual os executores do serviço possam exercer legitimamente a atividade televisiva brasileira. A observação do conteúdo das programações veiculadas pelas emissoras de TV à luz do modelo do serviço esboçado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 revela uma inadequação do serviço prestado pelos concessionários, permitindo, assim, a visualização de problemas relacionados à execução do serviço público prestado. Para além dos problemas revelados, conjecturou-se hipóteses jurídicas como forma de se solucionar as principais mazelas desveladas.

Palavras-chave: Televisão. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Regulamentação. Serviço público. Regime jurídico.

ABSTRACT

The purpose of this legal article is to present the Brazilian television system under the constitutional and legal aspect, forgetting its current factual reality. Such a system is revealed and defined as a public service for broadcasting sounds and images, resulting in a flow of norms (principles and rules) that aim to delineate the space through which the service providers can legitimately exercise the Brazilian television activity. The observation of the content of the programs broadcast by TV stations in the light of the service model outlined by the Constitu-

1 Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (PPGDIR). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Líder do Grupo de Pesquisa "Trabalho, seguridade social e processo – diálogos e críticas" (UFES-CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa "Relações de Trabalho na Contemporaneidade" (UFBA-CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania" (UnB-CNPq). Membro da Rede Nacional dos Grupos de Pesquisa em Direito do Trabalho e Seguridade Social (RENAPEDTS) e da Rede de Grupo de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior. Advogado. Pesquisador. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>.

2 Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Católica do Salvador. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Autor de capítulos de livros e artigos jurídicos publicados em revistas científicas. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia. Membro da Comissão Permanente de Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor Universitário de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas em Itamaraju/BA e da Faculdade do Sul da Bahia em Teixeira de Freitas/BA.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

ROCHA, Cláudio Iannotti da; TAVARES, Pedro Machado. Televisão: serviço público, regime jurídico e necessidade de adequação aos ditames constitucionais. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 304-325, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9009>.

tion of the Federative Republic of Brazil of 1988 reveals an inadequacy of the service provided by the concessionaires, thus allowing the visualization of problems related to the execution of the public service provided. In addition to the problems revealed, legal hypotheses were conjectured as a way of solving the main ills revealed.

Keywords: Television. Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Regulation. Public Service. Legal regime.

1. INTRODUÇÃO

A televisão, seguramente, é um dos principais meios de divulgação e disseminação de informações da nossa era. Percebe-se, então, de antemão e sem muitas dificuldades, a avultada relevância que esse sistema eletrônico possui para a sociedade que a utiliza. A importância dessa atividade de veiculação é tão excrescente que se constitui como o principal fundamento de sua natureza pública.

Tratando-se de um autêntico serviço público, a titularidade da execução do serviço de radiodifusão de sons e imagens (televisão) é atribuída à União, consoante expressa a alínea “a” contida no Inc. XII do art. 21 da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). Porém, o mesmo dispositivo valida a delegação do serviço a particulares pelo ente federativo, planeando justamente neste cerne o ponto nodal do presente tema.

Com efeito, a atividade prestada pelos concessionários deve receber o fluxo das normas de direito público, cabendo ao Estado regulamentar e controlar o serviço para adequá-lo às diretrizes constitucionais e legais presentes no ordenamento jurídico. Entretanto, percebe-se que este controle administrativo não é efetuado a contento e isto por mais de uma razão. A uma porque a televisão é um grande instrumento de concretização da democracia em função da possibilidade material que oferece à liberdade de expressão, a qual, por ser um direito fundamental, reclama muita cautela no momento de uma eventual compressão. E a duas porque a mídia televisiva tem uma forte relação com a política em função do robusto impacto social que exerce.

Destarte, o presente trabalho se propõe a investigar os principais problemas visualizados na execução do serviço e demonstrar a extensão de eventuais lesões morais e intelectuais que os usuários do serviço estão vulneráveis. Em outras palavras: Qual o regime jurídico da Televisão Brasileira? Por que as determinações constitucionais não são adimplidas? Por que o principal diploma legal sobre a matéria mostra-se defasado?

Mas não é só. Percebendo que a análise crítica do instituto com o consequente delineamento dos problemas é insuficiente para uma contribuição progressiva ao setor, a pesquisa pretende, ainda, conjecturar hipóteses como forma de levar ao leitor uma solução jurídica conveniente para a adequação do serviço à Lei.

Assim, para um melhor aprofundamento do tema e dos problemas relacionados, foram identificadas as razões que justificam a relevância do serviço público televisivo; destacado os bens jurídicos que são expressos em sua atividade, bem como aqueles que são violentados; demonstrado a necessidade de regulamentação e controle da atividade realizada pelos concessionários à luz dos problemas identificados; analisado a figura *sui generis* do contrato de concessão do serviço; conjecturado soluções aos problemas demonstrados e verificado, à

luz do campo teórico existente, a plausibilidade das hipóteses propostas para a solução dos problemas revelados.

Com o intuito de situar o leitor na contextualização histórica da regulamentação da radiodifusão no Brasil, o primeiro capítulo apresenta as principais fontes legais do serviço, desde o início do controle estatal até o advento daquele que viria a ser o primeiro diploma legal específico sobre a matéria, a saber, o Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT.

No segundo capítulo, é apresentada a política jurídica que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu ao serviço público televisivo, ficando o terceiro capítulo responsável pela demonstração da falta de adequação da prestação do serviço pelos executores em relação ao que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina (BRASIL, 1988).

O quarto capítulo parte de premissa da necessidade de um controle televisivo eficaz, através do direito administrativo, de modo a efetivamente vivificar aquilo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe sobre o setor, demonstrando a imprescindibilidade de se diferenciar controle e censura, o que é feito no capítulo subsequente (BRASIL, 1988).

O sexto capítulo após a contextualização histórica da regulamentação da televisão brasileira diz respeito à ineficácia de uma fiscalização e controle pela Administração Pública atual sobre a regularidade do serviço público de radiodifusão de sons e imagens, razão pela qual apresenta-se possíveis soluções para os problemas encontrados (inadequação do serviço e ausência de controle pela Administração Pública) no capítulo subsequente e anterior à conclusão desta pesquisa, utilizando-se, principalmente, das fontes decorrentes dos autores Rosa Maria Pinto Amaral (2006) e João Bosco Araújo Fontes Júnior (2001).

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA REGULAMENTAÇÃO DA RADIODIFUSÃO NO BRASIL

A primeira regulamentação da radiodifusão no Brasil ocorreu na década de 1930, quando, no Governo Vargas, adveio o Decreto n.º 20.047/31, posteriormente regulamentado pelo Decreto n.º 21.111/32. A partir de tal diploma, as transmissões radiofônicas (a TV ainda não havia surgido) passaram a ser disciplinadas por tal norma, a qual estabeleceu uma finalidade educacional ao serviço, atribuiu o monopólio de exploração do serviço à União e permitiu a delegação da atividade pública a entes particulares, senão vejamos:

Art. 12. O serviço de radiodifusão é considerado de interesse nacional e de finalidade educacional.

§1º O Governo da União promoverá a unificação dos serviços de radiodifusão, no sentido de constituir uma rede nacional que atenda aos objetivos de tais serviços.

§2º **As estações da rede nacional de radiodifusão poderão ser instaladas e trafegadas, mediante concessão, por sociedades civis ou empresas brasileiras idôneas, ou pela própria União, obedecendo a todas as exigências educacionais e técnicas que forem estabelecidas pelo Governo Federal. (grifo nosso)**

Esse sistema legal, constituído por tais Decretos, foi mantido pela Constituição de 1934, a qual reproduziu a regra de competência privativa da União para a exploração do serviço, estabelecendo, ainda, restrições à propriedade das empresas “jornalísticas, políticas ou noticiosas”:

Art 5º – Compete privativamente à União:

(...)

VIII – explorar ou dar em concessão os serviços telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado.

Art 131 – É vedada a propriedade de empresas jornalísticas, políticas ou noticiosas a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros. Estes e as pessoas jurídicas não podem ser acionistas das sociedades anônimas proprietárias de tais empresas.³

Na constituição de 1937, os dispositivos insculpidas nos decretos foram mantidos, dada a força política e a atração econômica desse veículo de comunicação no meio social, com o destaque de que, pela primeira vez, o termo radiodifusão foi empregado no texto constitucional.

Na Carta Magna de 1946 tais dispositivos foram igualmente mantidos e, o Texto de 1967, assim como os antecedentes, repete a regra da competência privada da União para exploração e regulamentação dos serviços de telecomunicações, prevendo, porém, a necessidade de assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional para a concessão e instalação de meios de comunicação em áreas indispensáveis à segurança nacional (LOPES, 1999, p. 303-304).

Deste modo, o sistema constituído pelos Decretos n.ºs 20.047/31 e 21.111/32, viveu até o advento do Código Brasileiro de Telecomunicações - Lei n.º 4.117/1962, o qual passou a ser a principal fonte legal específica de regulamentação do serviço de radiodifusão, revogando os diplomas anteriores.

3. O CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES (CBT)

Com a popularização do rádio brasileiro em 1940, o despontar da televisão em 1950⁴, os avanços tecnológicos ocorridos na época e uma forte pressão proveniente dos empresários da radiodifusão em função da insegurança jurídica que argumentavam estarem submetidos⁵ - consubstanciada no sistema de censura prévia e de um suposto controle abusivo governamental em suas programações -, tornou-se imperioso uma novel legislação que se adequasse à nova realidade tecnológica vigente, razão pela qual tais fatos impulsionaram a instituição do Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT) – Lei n.º 4.117/1962.

Mantendo a titularidade do serviço à União, o CBT permitiu a delegação da execução da atividade pública a entes particulares:

3 (Cf. BRASIL. Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Diário Oficial da União, 16 jul 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20 mar. 2022.

4 A primeira emissora de Televisão brasileira foi a TV Tupi/SP, inaugurada em setembro de 1950.

5 Euclides Quandt de Oliveira, ministro das Comunicações do Governo Geisel, afirma: “O clima de ameaça de intervenção na radiodifusão, através de decretos e por inexistência de legislação pertinente, sensibilizou o Congresso para promulgação da lei” (OLIVEIRA, 1978, p. 149).

Art. 32. Os serviços de radiodifusão, nos quais se compreendem os de televisão, serão executados diretamente pela União ou através de concessão, autorização ou permissão.

Art. 33. Os serviços de telecomunicações, não executados diretamente pela União, poderão ser explorados por concessão, autorização ou permissão, observadas as disposições da presente lei.

§3º Os prazos de concessão e autorização serão de 10 (dez) anos para o serviço de radiodifusão sonora e de 15 (quinze) anos para o de televisão, podendo ser renovados por períodos sucessivos e iguais se os concessionários houverem cumprido todas as obrigações legais e contratuais, mantido a mesma idoneidade técnica, financeira e moral, e atendido o interesse público (art. 29, X).

Quanto à finalidade do serviço, dispôs:

Art. 38. Nas concessões, permissões ou autorizações para explorar serviços de radiodifusão, serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas:

(...)

d) os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade das empresas de radiodifusão estão subordinadas às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando aos superiores interesses do País;

(...).

Inobstante o artigo 38, alínea *d* determinar que toda programação das emissoras de radiodifusão deve estar subordinada às finalidades educativas e culturais, visando os superiores interesses do País, Gaspar Viana denuncia a omissão do CBT no que toca a questões importantes para o progresso do setor, tal qual o próprio estabelecimento de normas fundamentais sobre a programação das emissoras e suas finalidades⁶.

Deveras, a inserção de apenas um isolado preceito normativo relativo à submissão do conteúdo veiculado no sistema radiodifusor à finalidade educacional e cultural não foi suficiente ao sucesso do próprio dispositivo legal, o qual se tornou estéril e obsoleto, dentre outras razões, em virtude de sua parte final que atrelava a finalidade do serviço aos superiores interesses do País, silenciando sobre a própria definição do que vem a ser um “superior interesse do país”, motivo pelo qual o alcance de discricionariedade do aplicador/integrador da norma tornou-se tão elevado que acabou por embaraçar qualquer tentativa séria de dar efetividade ao mandamento legal.

Tampouco o Decreto n.º 52.795/63, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, específico para os veículos de radiodifusão sonora e de sons e imagens, estabelecendo a finalidade do serviço⁷, teve aptidão para levar aos usuários do serviço uma fonte de libertação através da educação e cultura. Isso porque apenas cinco meses após o lançamento do Decreto ocorreu o Golpe de Estado de 1964 que levou o país a um período ditatorial, deslocando a finalidade do serviço público aos interesses militares de dominação.

6 “Neste particular, a parcialidade foi tão evidente que os próprios radiodifusores tomaram a iniciativa de se reunir, em Congresso, dois anos após a publicação do Código, para elaborar e aprovar um código de Ética que inscrevesse um mínimo de deveres, complementando assim a injustificável omissão da lei.” (VIANNA, 1976, p. 140-147).

7 Art. 3º Os serviços de radiodifusão têm finalidade educativa e cultural, mesmo em seus aspectos informativo e recreativo, e são considerados de interesse nacional, sendo permitida, apenas, a exploração comercial dos mesmos, na medida em que não prejudique esse interesse e aquela finalidade.

Destarte, incompleto perceber que essa legislação solitária, a qual continua sendo o regulamento básico sobre a radiodifusão por razões que serão delineadas oportunamente, é inócua à germinação de uma programação eminentemente sadia, o que ocasiona, fatalmente, a imprescindibilidade de uma candente diretriz político-jurídica que afinque ao serviço um arquétipo substancial de finalidades bem tracejadas. Nossa atual Carta Magna o fez.

4. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 1988 E SUA POLÍTICA NO SETOR

Abandonando o regime de ditadura militar que intervinha rijamente no setor, principalmente através da censura e de alianças políticas com as emissoras televisivas⁸, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, agora democrática e liberal, inicia o capítulo que trata da comunicação social garantindo a plena liberdade de comunicação:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, **observado o disposto nesta Constituição.** (BRASIL, 1988) **(grifo nosso)**

Com a ressalva de que qualquer veículo de comunicação somente poderá curvar-se à contenção Política-Estatal na exclusiva hipótese de disposições constitucionais atinentes, fez bem o Órgão Constituinte ao elaborar um conjunto de princípios e preceitos relativos ao conteúdo veiculado nas programações de televisão, consoante algumas prescrições dos artigos 220 e 221, senão vejamos:

Art. 220. (...)

(...)

§3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

(...)

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

8 Murilo César Ramos, no capítulo II de seu livro, denuncia o processo de consolidação do monopólio da Rede Globo de Televisão que ocorreu em conluio com os militares: "A programação da Globo (...) foi indispensável como veículo de uma mensagem nacional de otimismo desenvolvimentista, fundamental para a sustentação e legitimação do autoritarismo. (...). Assim, apoiado por essa aliança de interesses imediatos com a Rede Globo de Televisão, o regime autoritário acumulou forças para impor seu modelo político e econômico a uma nação manietada." (RAMOS, 2000, p. 14-15).

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Com efeito, as prescrições citadas delineiam substancialmente a finalidade precípua do serviço, impõem limites valorativos ao conteúdo veiculado nas programações televisivas e asseguram aos usuários do serviço a disposição de meios legais específicos de combate às eventuais mazelas alastradas pelos executores da atividade pública.

Impondo-se o princípio da máxima efetividade constitucional que orienta o exegeta a desempenhar uma interpretação que privilegie a máxima efetividade das normas constitucionais - por não existirem aquelas que sejam meramente aconselhatórias -, percebe-se que os princípios insculpidos no artigo 221 (exceto o Inc. III) têm densidade suficiente para serem aplicados no serviço público desde seu nascimento, malgrado o inciso IV determinar o respeito à valores éticos e sociais, omitindo a delimitação de seu conteúdo.

Isso porque tais valores são todos aqueles que gravitam em torno da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e que fundamentam a sua própria razão de existência (BRASIL, 1988). Nesse diapasão, Fontes Junior entende que tais valores estão presentes na própria Carta Magna, onde destaca os amplos princípios e objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, a saber, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (FONTES JUNIOR, 2001, p. 88-89).

Portanto, observa-se que a Maior Lei Brasileira determina expressamente que o serviço público de radiodifusão de sons e imagens seja um veículo que transmita, em seu maior tempo diário⁹, educação, cultura (nacional e regional), informação e arte, sempre resguardando os valores éticos e sociais da sociedade.

Destarte, uma vez que a grande maioria dos executores do serviço são entes particulares concessionários do Poder Público concedente, torna-se premente um rigor fiscalizatório, por parte do Estado, no que toca à observação do conteúdo veiculado nas programações de televisão à luz das imposições constitucionais no setor, porquanto é dever da Administração Pública adequar o serviço público ao modelo esboçado e anunciado pela Lei, em caso de violação dos executores do serviço aos próprios ditames legais¹⁰.

Visto o modelo do serviço de radiodifusão de sons e imagens delineado pela Carta Magna, resta saber não apenas se os executores da atividade pública desempenham o serviço substancialmente de maneira legal, mas, outrossim, se a Administração Pública realiza seu dever de salvaguarda para a hipótese de inadequação substancial do serviço prestado pelos particulares.

9 Observe-se que o inciso I do art. 221 determina a **preferência** da programação televisiva a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, o que torna, *ipso facto*, a imprescindibilidade de uma programação diária que, no decorrer de seu maior tempo, atenda aos ditames constitucionais - *in casu*, a **prioridade** de conteúdos educativos, culturais, informativos e artísticos -.

10 "O fato de tais serviços serem delegados a terceiros, estranhos à Administração Pública, não retira do Estado seu poder indeclinável a regulamentá-los e controlá-los, exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público" (MEIRELLES, 2001, p. 315).

5. INADEQUAÇÃO SUBSTANCIAL DO SERVIÇO PRESTADO

Dada a evidência de que a maioria dos executores da radiodifusão brasileira são entidades particulares – concessionários –, torna-se premente investigar a razão pela qual esses entes privados têm a intenção de executar o serviço público televisivo, com vistas a desvelar a práxis que configura a atividade pública desempenhada por delegação.

Ora, é amplamente sabido que as empresas privadas objetivam lucro na execução de suas atividades e, *ipso facto*, com os delegatários da radiodifusão não é diferente. Com o objetivo de obter o maior proveito pecuniário possível, as emissoras concessionárias executam a atividade televisiva de forma a proporcionar o seu primordial interesse capitalista. Nesse diapasão, alerta Fontes Júnior:

(...) destinando-se prioritariamente ao lucro proporcionado pela publicidade, a televisão privada vende uma audiência aos patrocinadores, sendo tanto mais eficiente a atividade quanto maior for a assistência do canal. Delineia-se assim a face cruel deste modelo, posto que produz uma programação destinada em razão direta da capacidade de consumo das diversas faixas de audiência, o que conduz à crescente exclusão das camadas sociais mais pobres da população, coincidentes com os grupos tradicionalmente excluídos e discriminados por critérios raciais, étnicos ou pelo simples fato de serem pobres (FONTES JUNIOR, 2001, p. 117).

Adverte-se que não se olvida a perfeita possibilidade de congruência do Poder Público firmar um contrato de concessão com um ente privado – o qual sempre objetiva lucro - para a execução de um serviço público, haja vista que os interesses podem e devem ocorrer de modo que cada qual tenha sucesso em relação às suas conveniências manifestadas no pacto contratual.

O que afigura-se inadmissível é a hipótese de uma atividade pública que deve ser executada com finalidade pública e social ser desvirtuada vultuosamente aos interesses do particular que a exerce, ocasionando, assim, uma ignominiosa lesão as normas jurídicas que afinçam o modo pelo qual a atividade pública deve ser exercida.

Esse é o cenário que não escapa à realidade televisiva brasileira, de sorte que, objetivando angariar a maior audiência possível, as emissoras tupiniquins veiculam todo tipo de matéria (objeto da programação) que traga consigo o condão de acorrentar a atenção dos telespectadores, os quais antes de exercer uma crítica sobre o conteúdo da programação e assim poder filtrar as moléstias alquergadas no objeto veiculado - mudando de canal ou desligando o televisor *v.g.* -, assistem-a calorosamente com o intuito de ver o final do enredo orquestrado por alguém que, em contraste com o dever constitucional de selecionar os conteúdos transmitidos, visa tão somente intensificar a sua capacidade lucrativa. Eis a pertinência da denúncia de Fontes Júnior:

Assiste-se também na televisão privada à crescente degradação da programação, conduzida pela ditadura dos índices de audiência, atualmente acompanhados diretamente pelos apresentadores dos *talk shows*, que controlam as atrações em razão dos resultados captados em tempo real por sofisticados instrumentos de medição de assistência (FONTES JUNIOR, 2001, p. 117). **(grifo nosso)**

Como visto, o interesse dos executores do serviço público resume-se, primordialmente, ao angariamento de lucro proporcionado pela publicidade que, em última análise, financia a programação veiculada. Nessa esteira:

Como um dos mais influentes meios de comunicação social, a televisão deveria receber efetivamente um tratamento privilegiado, **de sorte a se evitar que interesses privados tenham tanta influência sobre a definição da programação veiculada**, resguardando, assim, os princípios consagrados no art. 221 da CF/88, válidos para a programação televisiva. Isso porque a disputa pela audiência a qualquer preço não pode representar elemento primordial da definição dos objetivos da televisão brasileira, sob pena de degradação do seu conteúdo, algo claramente observável na programação atual dos canais abertos (AMARAL, 2006, p. 46-47). **(grifo nosso)**

Destarte, o produto dessa conjuntura só poderia resultar em uma programação degradada que, além de intentar agrilhoar a mente dos telespectadores através de uma variedade de técnicas persuasivas (v.g., mensagem subliminar), induz e compele ao consumo de produtos e serviços desnecessários – os quais muitas vezes são prejudiciais à saúde –, traduzindo a ideia de que sem os quais o homem não poderia se realizar, razão pela qual seria ultrapassado e rejeitado por aqueles que “adquiriram o tênis com a mais nova tecnologia”¹¹.

Daí a perceber a íntima relação existente entre o serviço e a publicidade, denotando, assim, o caráter comercial da televisão, como bem assevera Álvaro Rodrigues Júnior:

(...) os interesses e a busca desenfreada pelo lucro dificultam (ou até mesmo impedem) que os meios de comunicação social desfrutem de sua liberdade de expressão para informar a opinião pública e disseminar ideias e opiniões de verdadeiro interesse público (RODRIGUES JUNIOR, 2009, p. 18).

Mas não é somente a estrutura comercial da televisão que ocasiona o envilecimento da programação veiculada, exercendo a política¹², outrossim, um árdego impacto contraproducente sobre o conteúdo das programações televisivas.

Com efeito, a Política Estatal originária atinente ao setor televisivo traçada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enquadrava os serviços públicos de radiodifusão como espécie do gênero serviços de telecomunicações, razão pela qual as regras gerais concernentes a este último seriam aplicadas àquele (BRASIL, 1988).

Ocorre que com a reforma administrativa efetuada pelo Estado através da Emenda Constitucional n.º 8/95, rompeu-se com a classificação, recorrente desde os primórdios, dos serviços de rádio e televisão como espécie do gênero telecomunicações. Tal inovação jurídica é assim descrita por Murilo César Ramos:

[...] rádio e televisão eram, como não poderiam deixar de ser, serviços de telecomunicações. Isto até que, mais de seis décadas depois, o legislador decidisse inovar, ao reformar, em 15 de agosto de 1995, a Constituição Federal no tocante aos serviços de telecomunicações. Por um estranho desígnio político-legislativo, até agora escassamente conhecido, por isto pouquíssimo

11 Essa é, então, a principal finalidade da publicidade, a saber, introduzir no sujeito (objeto e alvo do interesse exclusivo de obtenção de vantagem particular) uma ideia artificial de necessidade do produto ou serviço que está sendo anunciado.

12 O termo política empregado aqui para demonstrar a sua influência daninha sobre o serviço de radiodifusão de sons e imagens refere-se a arquitetura prontificada pelos agentes políticos – algumas vezes em conluio com grupos civis abastados economicamente - para favorecer setores próprios do meio civil ou político, em um evidente desvio de finalidade, o que não se amolda, obviamente, com o termo política empregado para designar medidas estatais de cunho público - sociais, educacionais, assistenciais, culturais etc.

debatido no Brasil, a radiodifusão deixou de ser serviço de telecomunicações para se transformar em um serviço por si só singular, criando uma situação técnico-jurídica inédita no mundo de repercussões ainda por verificar (RAMOS, 2000, p. 169).

Para explicar tal incidente inovador, o autor supra-citado sustenta a tese segundo a qual durante o período de quase seis meses que se passou entre a apresentação da PEC e sua aprovação no Congresso Nacional, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), mediante intenso *lobby* junto aos congressistas, teria optado por apartar a radiodifusão da classificação de serviços de telecomunicações para esquivar-se do âmbito de controle do novo órgão regulador do setor:

Os órgãos reguladores sempre foram um elemento decisivo nas pautas políticas da ABERT. Desde que o regime militar pôs fim ao CONTEL, centralizando no Ministério das Comunicações todo o poder de política para o setor, esta situação jamais deixou de servir aos interesses do lobby da radiodifusão. Acesso e informação privilegiados, intransparência, capacidade de impor nomes de dirigentes estatais - de ministros a chefes de departamentos e serviços. Tudo isso beneficiava a indústria da radiodifusão e não foi por outra razão que, durante o processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, a Comunicação Social tornou-se o capítulo mais polêmico. Mais polêmico até do que a reforma agrária. E, entre os pontos de maior polarização, estava a proposta, encaminhada pela Federação Nacional dos Jornalistas, de instituição de um Conselho Nacional de Comunicação, com poder de elaborar políticas e regular, de forma colegiada, todo o setor, inclusive, e, principalmente, a radiodifusão. [...] Assim, dada essa história, antiga e recente, de rejeição a órgãos reguladores, por que iria agora a ABERT submeter-se a um deles? [...] para assegurar a continuidade de sua maior autonomia possível diante dos poderes estatais e dos controles da sociedade, a indústria da radiodifusão optou pela inovação técnico-jurídica de situar-se como serviço singular, constitucionalmente estabelecido, e não como serviço de telecomunicações, tal qual ocorre nos demais países do mundo (RAMOS, 2000, p. 175-176).

Deveras, a alteração constitucional operada pela Emenda n.º 8/95 determinou a criação de um Órgão regulador para os serviços de telecomunicações, razão pela qual foi elaborada a Lei n.º 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT) –, a qual criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – como entidade integrante da Administração Pública Federal Indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a primordial função de fiscalizar, controlar, regular e adequar os serviços de telecomunicações às determinações legais.

Porém, como visto, a mesma alteração constitucional excluiu os serviços de radiodifusão como gênero dos serviços de telecomunicações, fato que promoveu a insubmissão dos concessionários executores do serviço televisivo à Lei criadora da ANATEL, motivo por que o Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT – (Lei n.º 4.117/1962) continua sendo o principal diploma normativo do setor. É exatamente o que se depreende do art. 215 das “Disposições Finais Transitórias” da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 215. Ficam revogados:

I – a Lei nº 4.117 de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão. (grifo nosso)

Tal acontecido supra-citado revela-se como um dos exemplos reais de interferência política no ramo da comunicação social e constitui objeto de crítica por um dos maiores administrativistas brasileiros:

Pior, entretanto, é a situação em relação a alguns serviços de telecomunicações: os de radiodifusão sonora e de sons e imagens (rádio e televisão), que, a teor do art. 221 da mesma lei 9.472 (Lei da ANATEL), terão sua outorga excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competência do Executivo. **Como se sabe, a distribuição de canais de televisão e de rádio, tradicionalmente é feita ao sabor do Executivo, para atender a interesses pessoais ou políticos de pessoas ou grupos, sem quaisquer critérios objetivos que permitam controlar-lhes a juridicidade** (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 484-485). (grifo nosso)

Ao observar a forte penetração da política no serviço televisivo, é natural inquirir sobre os principais objetivos dos agentes políticos ao realizarem políticas de boa vizinhança que têm por objeto alguma espécie de regramento ao serviço de radiodifusão de sons e imagens executado pelas emissoras de TV.

Nesse diapasão, pode-se conjecturar que o interesse político de agentes estadistas na televisão irradia-se em várias vertentes, dentre as quais destaca-se o forte impacto social que a televisão exerce com capacidade de formar a “opinião pública” tão necessária a criação de uma imagem de valor às instituições e agentes políticos, como bem assevera Paulo Bonavides:

Na sociedade de massas, de índole coletivista, a opinião parece ´racionalizada´ em suas fontes formadoras, mediante o emprego da técnica, com todos os recursos científicos de comunicação de massas – a imprensa, o rádio e a televisão – deliberadamente conjugados, a compor um extenso laboratório de ´criação´ da opinião, para atender a interesses maciços de grupos ou poderes governantes, acreditando-se, no entanto cada vez menos no teor racional dessa opinião, que todos reconhecem ou proclamam uma força feita irretorquivelmente de sentimentos e emoções. [...] Os jornais, as estações de rádio e televisão, seus redatores, seus colaboradores, seus comentaristas, escrevendo as colunas políticas e sociais, programando os noticiários, preparando as emissões radiofônicas, fazendo os grandes êxitos da televisão, constituem os veículos que conduzem a opinião e a elaboram (quando não a recebem já elaborada, com a palavra de ordem, que ´vem lá de cima´), pois as massas, salvo parcelas humanas sociologicamente irrelevantes, se cingem simplesmente a recebê-la e adotá-la de maneira passiva, dando-lhe chancela de ´pública´ [...] (BONAVIDES, 2001, p. 462-463).

Ex positis, percebe-se que a última preocupação dos concessionários do serviço de radiodifusão é a de ter compromisso social na veiculação de suas programações, governando a atividade televisiva ao seu talante para que atinja a sua verdadeira finalidade, qual seja, obter proveitos próprios – econômicos ou políticos – com ou sem o conluio de agentes políticos.

Daí a perceber limpidamente o desvio de finalidade do serviço público operado pelos concessionários, o que ocasiona conseqüentemente a inadequação substancial do serviço prestado, motivo pelo qual torna-se indispensável dar eficácia social aos dispositivos constitucionais atinentes à televisão para, somente então, vivificar as letras da lei até então olvidadas pelo Estado.

6. IMPRESCINDIBILIDADE DE UM CONTROLE TELEVISIVO EFICAZ

[...] no Brasil a televisão é um poder sem controle. Na maioria dos países com democracias consolidadas secularmente existem regras e mecanismos claros impondo limites à TV. Aqui ela corre solta, regida por um Código de Radiodifusão de 1962, defasado tecnológica e culturalmente em mais de 50 anos. Quando foi aprovado, a nossa televisão era em preto-e-branco e a sociedade ainda não havia conhecido a mini-saia e a pílula anticoncepcional. Quem tem uma lei tão anacrônica, na verdade não tem lei alguma. É por isso que a televisão faz o que quer [...]. No âmbito dos valores éticos, nós só chegamos a esse ponto porque sempre houve condescendência com aqueles que detêm concessões de canais de TV.¹³

Visto a importância do serviço público de radiodifusão de sons e imagens para uma nação em virtude de suas imensas capacidades relatadas; visto a caracterização do serviço como público; visto as determinações constitucionais atinentes ao setor e posteriormente demonstrado a inadequação substancial do serviço prestado pelos concessionários, revela-se eminentemente imprescindível um rigor fiscalizatório por parte do Estado para que haja a adequação substancial do serviço prestado de forma inadequada. Aliás, essa é a conclusão lógica e inarredável que deriva de todos os aspectos negativos que gravitam em torno do serviço, os quais foram descritos nos tópicos anteriores.

Estriando as razões que conduzem à necessidade de um controle efetivo, para além da adequação do serviço aos ditames legais e constitucionais atinentes ao setor, Rodrigues Júnior leciona:

[...] os meios de comunicação social tornaram-se, principalmente com a televisão, um poder incontrolável dentro da democracia, daí por que é imprescindível a existência de controles efetivos sobre eles a fim de que sejam estabelecidos os limites de sua atuação e fixadas as respectivas responsabilidades pela ação ou omissão inadequadas ao regime democrático, visando a garantir, antes de tudo, *“uma ordem de valores fundada no carácter transcendente da dignidade da pessoa humana”*. [...]

Em suma: a necessidade de controle efetivo dos meios de comunicação social é absolutamente imperiosa. No entanto, para que esse controle não seja arbitrário, devem ser observados dois fatores fundamentais: **a garantia da pluralidade de ideias e a garantia de qualidade da programação**. (RODRIGUES JUNIOR, 2008, p. 144). (grifo nosso)

Daí a perceber que para o citador autor o controle televisivo deve garantir a pluralidade de ideias - numa clara manifestação da democracia -, além de assegurar a qualidade da programação veiculada. Enquanto a primeira garantia deve tomar forma para se resguardar o serviço de uma uniformização ideológica, informativa e formativa de mentalidades que acarretariam a manipulação das massas, a segunda serviria para frear os abusos cometidos pelas emissoras em suas programações, como bem anota o autor:

13 LEAL FILHO, Laurindo Lalo. DOSSIÊ GUGU: O poder sem controle da TV. Disponível em: <http://www.eticanatv.org.br/>. Acesso em: 01 de março de 2013.

[...] entretanto, a concorrência acirrada entre as empresas de mídia é fator preponderante para a péssima qualidade da grande maioria dos programas. Em busca da audiência, apela-se para todo e qualquer tipo de artifício, em total desconsideração com valores fundamentais da pessoa humana. Na verdade, a “informação televisiva é essencialmente um divertimento, um espetáculo”, e ela “se nutre fundamentalmente de sangue, de violência e de morte”, receita segura e sempre apta a seduzir o público (RODRIGUES JUNIOR, 2008, p. 144).

Deveras, a imprescindibilidade de um controle efetivo se torna premente não apenas para se adequar o serviço às disposições legais e constitucionais atinentes especificamente ao setor, mas, outrossim, para florescer outros valores expressos na Carta Magna (a exemplo das duas garantias supra-citadas) em um meio de comunicação rijamente disseminador.

7. CONTROLE X CENSURA

Visto a necessidade premente de um controle a ser realizado pelo Poder Público – detentor da titularidade da execução do serviço – na atividade televisiva desempenhada delgadamente, forçoso reconhecer que se torna imperioso descortinar as distinções jurídicas de dois institutos, quais sejam, o controle administrativo e a censura, os quais, inobstante parecerem apresentar, à primeira vista, semelhanças e afinidades, estão essencialmente distanciados no quadro do ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, observa-se que tanto a censura como o controle administrativo (ou mesmo judicial, em última *ratio*) podem se caracterizar, juridicamente, como atos de intervenção - *in specie*, na execução do serviço público de radiodifusão de sons e imagens - que o Poder Público efetua como modo de adequar o serviço ao seu interesse. Enquanto o primeiro (censura) é inadmissível por imposição constitucional, o segundo (controle administrativo) enquadra-se, formal e substancialmente, de maneira absolutamente legal no Corpo de Leis Jurídicas Brasileiras, como segue pelas razões adiante estriadas.

No tocante à censura, dispõe a nossa Carta Política:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988) (grifo nosso)

Deveras, a censura, bastante utilizada no período do regime militar autoritário brasileiro (1964-1985) para impedir, obstar e represar toda espécie de informação e manifestação que trouxesse consigo qualquer aptidão para embaraçar a política militarista, foi definitivamente abolida pela atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, razão pela qual qualquer balbúcia estatal em aplicá-la a quaisquer veículos de transmissão de informações estará inevitavelmente eivado de vício de inconstitucionalidade.

Diferentemente do que ocorre com o controle administrativo como demonstraremos ao diante, a censura se caracteriza pela arbitrariedade peculiar ao seu modo de ser. Tal característica é prognosticada pela incontestabilidade da decisão que censura algo, de modo que, uma vez lançada a censura (*a posteriori*) não haverá qualquer possibilidade de se discutir a decisão limitativa. Dito francamente: A decisão estatal de censura não permite controvérsia¹⁴.

Ocorre que a maioria das vezes em que a censura se manifesta é *a priori*, ou seja, consiste na *submissão à deliberação discricionária da Administração Pública do conteúdo de uma manifestação de pensamento como condição prévia de sua veiculação, pautada por critérios de ordem política ou moral* (RODRIGUES JUNIOR, 2008, p. 153). Daí por que observa-se que esta forma de censura – *a priori* – normalmente encontra amparo legal nos ordenamentos jurídicos constituídos sob ditadura, motivo pelo qual não poderia eivar-se de vícios de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade, o que tornaria difícil a visualização clara de suas distinções essenciais do controle administrativo.

Porém, é na função teleológica do instituto que se encontrará os verdadeiros fundamentos de sua existência e que o apartará definitivamente do conceito de controle administrativo.

Pois bem.

Malgrado gozar de sustentação lícita nas Legislações que o legitimam, a censura não cessará de carregar consigo a sua característica intrínseca de arbitrariedade, porquanto o próprio Ordenamento Jurídico que o chancela é arbitrário, isto é, foi instituído de modo outorgado sem a participação popular. Daí a perceber que os principais interesses que fundamentam a existência da censura restringem-se a pequenos grupos que controlam o Estado, o que implica em aplicar fundamentalmente a censura para a própria manutenção do sistema político de dominação implantado, desvirtuando, assim, os atos do Poder Público (normativos e administrativos) da finalidade social e do bem comum.

Já o controle administrativo se caracteriza não pela arbitrariedade, mas positivamente pela sua legitimação. Explica-se. O controle administrativo efetuado *a posteriori* traz consigo a oportunidade que os entes submetidos ao controle têm de discutir legalmente o ato (seja na forma administrativa ou mesmo na via judicial). Tal legitimação não apenas encontra guarida no contraditório vivo, mas, outrossim, na função teleológica do controle que aqui se defende, porquanto agora controla-se para uma substancial adequação do objeto ao interesse público e social, haja vista as determinações atinentes constantes no Ordenamento Jurídico constituído democraticamente, o que ocasiona um controle para o povo e pelo povo.

Visto as diferenças dos dois institutos e antes de passarmos para o tópico da realidade fiscal-administrativa hodierna atinente ao serviço público, pode-se afirmar que *o controle administrativo a posteriori não deve ser encarado como censura, mas sim, como forma de garantir a qualidade da programação em observância aos ditames constitucionais* (RODRIGUES JUNIOR, 2008, p. 155).

14 Na mesma linha: “Censura, ao contrário do controle, traz a marca do ato indiscutível do administrador que restringe a liberdade, sem que se permita o confronto de argumentos e ideias, sem que se permita a comprovação das afirmações e, por fim, sem que seja facultada revisão”. (SILVEIRA, 2000, p.22-23).

8. INEFICÁCIA DA ATUAL FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Visto os principais problemas atinentes à execução do serviço prestado pelos particulares – concessionários –, necessário tecer algumas considerações sobre o atual papel do Poder Público, sobretudo na sua função administrativa, de adequar o serviço público ao modelo projetado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, isto é, de coercitivamente fazer que se cumpra a lei (BRASIL, 1988).

Com efeito, nesse cenário de profunda degradação das programações de TV, o que importa agora é ajustar o serviço àquelas determinações legais e constitucionais concernentes ao setor, razão pela qual se faz urgente que se tenha algum compartimento administrativo no âmbito do Poder Executivo encarregado de fiscalizar e controlar a atividade televisiva. Nessa linha:

Aliás, não se conhece nenhum país onde se tenha deixado o controle absoluto da programação aos próprios concessionários, posto que estes, além de atenderem às necessidades técnicas, também devem servir ao interesse público na sua programação; para exigir o adimplemento destes fins impõe-se o controle do Estado, através do qual corrige eventuais faltas e aplica penalidades administrativas, além de proceder ao histórico que norteará a eventual renovação da concessão.

Daí a necessidade de um órgão administrativo regulador da atividade, presente em todos os países, variando suas atribuições desde o controle total da atividade, como ocorre nos Estados Unidos da América, onde a poderosa FCC – Federal Communications Commission possui amplos poderes diretos, chegando mesmo a gerar grande expectativa quanto à renovação das concessões, diante das sérias exigências da Comissão, até os países onde a comunicação social é formada por grandes oligopólios, com poder político capaz de inviabilizar qualquer tipo de controle sobre sua atividade, como é o caso do Brasil.¹⁵

Quanto a isso, a nossa Maior Lei não se olvidou e o previu (órgão administrativo) no capítulo atinente à Comunicação Social:

Art. 224. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

Sendo uma norma constitucional de eficácia mediata, foi ela objeto de regulamentação pela Lei n.º 8.389/91, a qual deu ensejo à instituição do Conselho de Comunicação Social – CCS – como órgão auxiliar do Congresso Nacional. Malgrado a regulamentação do CCS tenha se dado em 1991, sua instalação no Congresso Nacional somente ocorreu em 2002 e, mesmo assim, não de forma efetiva em razão de sua atuação encontrar-se muito distante do objetivo original de defender projetos alheios a interesses corporativistas e político-partidários:

Trata-se de uma função meramente consultiva e não normativa, não tendo competência para expedir atos administrativos que corrijam as distorções do funcionamento do serviço (SCORSIM, 2000, p. 167).

Com efeito, a Lei n.º 8.389 ao atribuir ao CCS a competência para a elaboração de estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações que lhe forem encaminhadas pelo Congresso

Nacional a respeito da comunicação social, instituiu-o sem qualquer poder de decisão e dominado pelos interesses corporativos dos meios de comunicação social, frustrando a expectativa de criação de um órgão de controle eficiente e independente para disciplinar a atividade.

Portanto, verifica-se que atualmente não há um único órgão no âmbito da Administração Pública com atribuições fiscalizatórias e de efetivo controle ao serviço público, permanecendo este refúgio de qualquer controle administrativo, cabendo tão somente ao Poder Judiciário resguardar os interesses difusos dos usuários do serviço televisivo.

Como se não bastasse esse cenário inócuo da Administração Pública, há, ainda, uma lacuna legal no ordenamento pátrio em razão da ausência de lei federal que deveria dispor sobre os meios legais específicos de defesa da pessoa e da família, a qual deveria estar a disposição da sociedade para resguardo das programações que contrariam os princípios que devem orientar a programação das emissoras de TV insculpidos na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. É o que se depreende do Inc. II, §3º, art. 220, da Carta Política:

Art. 220. [...]

§ 3º – Compete à Lei Federal:

II – Estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Daí a se falar em inconstitucionalidade por omissão:

Observa-se assim que para a caracterização da situação de inconstitucionalidade por omissão, basta que a norma exigida não regulamente toda a matéria para a satisfação dos interesses constitucionalmente assegurados.

[...]

Verifica-se, ainda, a inconstitucionalidade quanto à legislação que defenda a pessoa e a família da programação que lhes contrarie os valores éticos e sociais, referida no art. 220, § 3º, inciso II.¹⁶

Somando-se esta lacuna legal ao obsoleto Código Brasileiro de Telecomunicações e a ausência de um órgão administrativo com atribuições de efetivo controle, o resultado só poderia originar na ineficiência legal e administrativa do Poder Público em adequar o serviço público àquilo que determina a lei (sobretudo a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

9. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA OS PROBLEMAS DETECTADOS

Após todo o panorama jurídico e fático que envolve o serviço público de radiodifusão de sons e imagens, pretende-se, doravante, conjecturar hipóteses como forma de possibilitar uma alternativa jurídica viável aos principais problemas (delineados nos tópicos anteriores) que giram em torno da atividade televisiva brasileira.

16 FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo, Op. Cit., p. 103.-104

Com efeito, foram relatadas várias vicissitudes relacionadas à execução do serviço, dentre as quais destaca-se a lacuna legal que afeta a normatização e regulamentação concernentes ao serviço e ao usuário; a ineficiência da Administração em adequar o serviço aos ditames legais – consubstanciada principalmente em virtude da ausência de um órgão de controle e fiscalização efetivo –, além do defasado Código Brasileiro de Telecomunicações – principal diploma normativo do setor.

Diante desse quadro problemático é que se irá lançar as sugestões jurígenas as quais serão propostas para a fulminação dos problemas descritos acima, exceto quanto ao problema tocante ao Código Brasileiro de Telecomunicações. Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reservou ao serviço público densidade normativa suficientemente espessa ao setor, razão pela qual se prescindirá de um discurso atinente a um novo diploma legal sobre a matéria.

Pois bem.

Quanto à lacuna legal, demonstrou-se estar caracterizado a inconstitucionalidade por omissão, que ocorre quando *devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o poder público cai inerte, abstendo-se indebitamente. Mas essa omissão pressupõe o não cumprimento de uma norma constitucional individualizada, ou seja, certa e determinada* (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 389).

Tal norma, como visto, é aquela estampada no art. 220, § 3º, Inc. II, a qual, tendo como o destinatário o legislador (Congresso Nacional), determina a este o impulso e a criação de uma lei federal que efetivamente estabeleça meios específicos de combate às ulcerações propagadas através das programações de rádio e televisão.

Considerando que se trata de uma norma constitucional original (promulgada em 05 de outubro de 1988), não é nenhum absurdo em se dessumir que já se passou tempo suficiente para a instituição da lei, mormente em razão da relevância (consubstanciada na abrasada capacidade de disseminação de informação e conhecimento) que o serviço traz em si. Aliás, quanto ao momento da ocorrência da omissão inconstitucional:

Desse modo, sopesadas todas as circunstâncias envolvidas com a situação concreta, se se dessumir que a medida reclamada, ao longo do tempo escoado, não só podia como devia ter sido produzida, em razão de sua importância e indispensabilidade para dar operatividade prática às normas constitucionais, restará ocorrida e caracterizada a inconstitucionalidade por omissão (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 399).

Mais de 30 (trinta) anos após a promulgação da determinação constitucional o Estado insiste em se manter recalcitrante em uma das questões mais importantes para o povo brasileiro em razão de toda a relevância que circunda em torno do próprio serviço público, motivo pelo qual não há argumento suficientemente plausível que sustente a tese segundo a qual ainda não se teria passado tempo razoável para edição da medida faltante.

Como forma de se remediar tal situação é que se propõe o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹⁷ a ser ajuizada por qualquer um dos legitimados (sobretudo pelo Procurador-Geral da República em virtude de seu dever constitucional de guardião

17 Remédio jurídico previsto na Constituição Federal para suprimimento de omissões inconstitucionais em sede abstrata, isto é, independentemente de haver um caso concreto que reclame do Judiciário uma resposta destinada exclusivamente ao postulante.

da ordem jurídica, consoante expressa o *caput* do art. 127 da CF) perante o Supremo Tribunal Federal - Órgão Jurisdicional competente para decidir sobre postulações que envolvam controle abstrato de constitucionalidade.

Declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 103, § 2º determina que este dê ciência ao poder competente para a adoção das providências cabíveis e, em se tratando de órgão administrativo, para suprir a omissão no prazo de trinta dias. Tal dispositivo constitucional reclama interpretação conjunta com outros preceitos constitucionais, sobretudo levando-se em consideração o princípio da efetividade constitucional, o que, *in casu*, autoriza o Poder Judiciário a estipular um prazo razoável para o suprimento da omissão por parte do Congresso Nacional. Mergulhando profundamente sobre tal hipótese:

Logo, impõe-se defender *um plus* àquele efeito literal previsto no § 2º do art. 103 da Constituição, de tal modo que, para além da ciência da declaração da inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissos, é necessário que se estipule um prazo razoável para o suprimento das omissões. **Mas não é só.** A depender do caso, expirado esse prazo sem que qualquer providência seja adotada, cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada. Essa decisão, acentue-se, será provisória, terá efeito gerais (*erga omnes*) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omissor. Cuida-se, aí, de um verdadeiro *efeito de solução*, concebido para ser o único capaz de solucionar o problema da não efetividade das normas constitucionais em razão das omissões do poder público. Tal consequência, de ressaltar-se, longe de vulnerar o princípio da divisão de funções estatais, logra conciliar o princípio da autonomia do legislador e o princípio da prevalência da Constituição, que se traduz na exigência incondicional do efetivo cumprimento das normas constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 413).

Com efeito, adotando-se essas medidas de maneira ordenada o resultado trará, então, a efetividade da determinação constitucional atinente à defesa dos usuários dos serviços de radiodifusão, além de pôr uma pá de cal ao problema revelado. Para tanto, conforme demonstrado, deve-se ajuizar uma ADIN por omissão que seguramente ocasionará uma decisão declaratória de inconstitucionalidade, a qual, devido ao princípio da efetividade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve trazer em si toda a capacidade de se fazer cumprir a lei. Não é outro o entendimento de José Afonso da Silva quanto à decisão da ADIN por omissão:

A mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais (SILVA, 1998, p. 50-51).

Eis aí, portanto, uma solução jurídica (eventualmente jurígena) que pretende aniquilar o grave problema que os usuários do serviço televisivo têm para se insurgir e combater efetivamente as programações perniciosas veiculadas pelo sistema de radiodifusão de sons e imagens, porquanto, dispondo de instrumentos específicos de controle da programação

televisiva, o cidadão telespectador terá maiores possibilidades de se fazer germinar uma programação sadia.

Já em relação ao problema concernente à ineficiência da Administração Pública em adequar o serviço à Lei – consubstanciada principalmente em virtude da ausência de um órgão de controle efetivo ao setor –, aqui conjectura-se a própria criação de uma entidade com autonomia suficientemente vigorosa para não ceder a interesses políticos e econômicos que, ao longo da história, sempre mostraram-se presentes quando o assunto é a intervenção na radiodifusão de sons e imagens. Está a propor uma Agência Reguladora ao setor – também de denominada de autarquia submetida a regime especial:

A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função primordial de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização (CARVALHO FILHO, 2011, p.447).

Deveras, a criação de uma entidade integrante da Administração Pública indireta, com autonomia administrativa e financeira, além de poder normativo e técnico, com a exclusiva função de fiscalizar, controlar e adequar o serviço público de radiodifusão de sons e imagens, certamente viabilizaria o direito à programação sadia imposta pela Carta Magna de 1988.

Isso se diz porque a instituição de um ente com autonomia própria e atribuições específicas de ajustar o serviço público aos ditames legais e constitucionais pertinentes, funcionaria de modo a efetivamente se ter um serviço público de qualidade, cabendo inclusive aos usuários do serviço representarem à Agência para o efetivo cumprimento dos deveres constitucionais por parte das emissoras concessionárias do serviço.

Sobre a independência das Agências Reguladoras que acabam proporcionando aptidão suficiente a um serviço público de qualidade respeitando os direitos dos usuários do serviço:

Pode mesmo afirmar-se, sem receio de errar, que tais autarquias deverão ser fortes e atentas à área sob seu controle. Sem isso, surgirá o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário de seus lucros. A Constituição já caracterizou essas formas de abuso (art. 173, § 4º), cabendo, dessa maneira, às novas agências autárquicas a relevante função de controle dos serviços e atividades exercidos sob o regime de concessão (CARVALHO FILHO, 2011, p.448).

Destarte, a criação de uma forte entidade que tem por característica exercer e desenvolver as suas atividades de forma independente e descentralizada teria uma alta capacidade de produção na área que regula e controla, ocasionando uma possibilidade e viabilidade muito maior de efetivamente haver uma adequação do serviço público ao ordenamento jurídico, além de proporcionar aos usuários do serviço uma escorreita atividade prestada delegadamente pelos concessionários do serviço televisivo.

10. CONCLUSÃO

O enfrentamento da temática dos aspectos relacionados à televisão revelou uma robusta relevância que o próprio sistema televisivo possui para uma nação, o que corrobora, ainda mais, a necessidade de se ter um serviço público de radiodifusão de sons e imagens que atenda as expectativas esperadas pelos usuários do serviço, muitas das quais, como visto, estão estampadas na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

A demonstração do liame existente entre o serviço público televisivo com a política e o capitalismo desvelou a existência de uma atividade executada em consonância com os valores decorrentes das duas forças (política e capitalismo) de impacto sobre o serviço, os quais revelaram-se distantes daqueles prestigiados na Carta Magna que constituem o principal fundamento dos preceitos e princípios atinentes à programação televisiva.

Viu-se, após toda a narrativa da realidade fática do serviço público no Brasil com todos os seus problemas revelados, a imprescindibilidade da existência de um controle televisivo eficaz, elucidando sobre as distinções elementares de duas formas de controle que se distanciam em razão de suas respectivas legitimidades, quais sejam, o controle administrativo (legítimo) e a censura (ilegítima).

Por fim, conjecturou-se duas hipóteses para os dois graves problemas revelados - a ineficiência de o Estado adequar o serviço à lei e a sua omissão legislativa ao setor - como forma de se levar uma solução jurídica que tenha o condão de viabilizar um instruído progresso ao setor de grandíssima importância para um povo tão carente de cultura e civilidade.

Nesse sentido, a proposta da propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade pelos legitimados para tanto no sentido de forçar normativamente, através de decisão judicial, a regulamentação do disposto no art. 220, §3º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, revelou-se como um eficiente instrumento jurídico de proteção de uma programação televisiva sadia, já que a decisão proferida na ADIN tem o condão, inclusive, de normatizar o mencionado dispositivo constitucional até futura lei regulamentadora, como visto.

Outrossim, a criação de uma agência regulatória, com natureza jurídica de autarquia integrante da administração pública federal indireta, poderia atenuar o problema relacionado à ineficiência da Administração Pública em adequar legalmente o serviço prestado pelos delegatários, vez que uma entidade criada para uma finalidade específica traria a incidência de toda uma regulamentação própria, além de um corpo de servidores técnicos responsáveis por fazer se cumprir a legislação pertinente ao setor.

Destarte, a preocupação desta pesquisa, a qual se iniciou a partir da percepção de que um grande sistema tecnológico pode viabilizar efeitos altamente positivos para uma nação, centrou-se em alguns aspectos centrais, a saber, a demonstração das principais normas (princípios e regras) atinentes ao serviço público de radiodifusão de sons e imagens; o escancaramento da real finalidade da execução do serviço televisivo brasileiro protagonizada pelos concessionários, além de todos os graves problemas que esta concessão traz consigo; a revelação da estridulosa influência e importância que o serviço tem para uma nação; e finalmente a conjectura de hipóteses para a fulminação das principais mazelas verificadas ao longo do trabalho.

Ex positis, forçoso reconhecer a entusiástica aptidão que o serviço público de radiodifusão de sons e imagens possui para servir como fonte de valores elementares de educação, cultura, conhecimento e informação relevante para uma sociedade ainda em desenvolvimento social, cultural e civil.

Afinal, quem tem a possibilidade de executar um serviço de tamanha relevância para indivíduos, sociedade e Estado deve exercê-lo com o maior zelo possível, pois a ação consubstanciada na atividade exercida trará, inevitavelmente, consequências estritamente proporcionais ao que é veiculado ou manifestado nas programações de TV, fato que gera uma grande responsabilidade para todos aqueles que executam o serviço público.

Que se possa e deva, então, manifestar tudo aquilo que tenha a dádiva de proporcionar os valores mais prestigiados e infelizmente mais lesionados de uma sociedade que promulga em sua principal Lei, como objetivo fundamental de uma nação, construir uma sociedade justa, livre e solidária, além de promover o bem de todos, sem quaisquer distinções de qualquer natureza.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Rosa Maria Pinto. **Controle do conteúdo da programação televisiva**: Limites e possibilidades. Monografia (Graduação em Direito), Universidade de Brasília, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed., rev. e atual., 10. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 maio 2022.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 Edição, Salvador: Juspodivm, 2011.
- FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. **Liberdades e Limites na Atividade de Rádio e Televisão**: Teoria Geral da Comunicação Social na Ordem Jurídica Brasileira e no Direito Comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LEAL FILHO, Laurindo Lalo. **DOSSIÊ GUGU**: O poder sem controle da TV. Disponível em: <http://www.eticanatv.org.br/>. Acesso em: 01 de março de 2013.
- LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. Da concessão e exploração de radiodifusão. In: VERRI JR., Armando (Coord.). **Licitação e Contratos Administrativos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- OLIVEIRA, Euclides Quandt de. **O direito e as comunicações**. Unisersitas, v.1, n.2, 1978.
- RAMOS, Murilo César. 1947-**Às margens da estrada do futuro**: comunicações, políticas e tecnologia. Brasília: Editorial Eletrônica, 2000.
- RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação**: Limites e formas de controle. Curitiba: Juruá, 2008.
- SCORSIM, Ericson Meister. O controle dos serviços públicos de radiodifusão (rádio e televisão) no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 32, n. 34, 2000, p. 167.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA JUNIOR, José Fernandes da. **Direito e meios de comunicação**. Acesso à justiça: segunda série, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. **Controle da Programação de televisão**: limites e possibilidades. Dissertação (Mestrado em Direito, na área de concentração em processo civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, p.22-23.

VIANNA. Gaspar Luiz Grani. **Direito de telecomunicações**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 05/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 03/07/2022
- Avaliação 2: 07/08/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2022
- Retorno rodada de correções: 09/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 21/08/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

LEVANDO OS DIREITOS DA PERSONALIDADE A SÉRIO: UMA ANÁLISE ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL, NO CONTEXTO DE JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA, E O CARATER OBRIGATÓRIO DOS PRECEDENTES DAS “CORTES DE VÉRTICE

TAKING THE RIGHTS OF PERSONALITY SERIOUSLY:
AN ANALYSIS BETWEEN JUDICIAL ACTIVISM, IN THE CONTEXT
OF THE JUDICIALIZATION OF LIFE, AND THE MANDATORY
CHARACTER OF THE PRECEDENTS OF THE “VERTICE CUT”

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA¹

HENRIQUETA FERNANDA CHAVES ALENCAR FERREIRA LIMA²

RESUMO

No contexto do pós Segunda Guerra Mundial, marcado por significativa violação à direitos humanos, e o anseio social pela ampliação da proteção à pessoa, o modelo de Estado Liberal e de Direito como sinônimo de lei se revelaram insuficientes dando vazão ao movimento filosófico do pós-positivismo e do modelo estatal neoliberal, em que os princípios passam a integrar o conceito de norma e o protagonismo judicial – ante a judicialização da vida – assume papel de relevo, inclusive, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988. Decerto que a indefinição conceitual de alguns institutos convida a uma incerteza jurídica, deixando nas mãos da subjetividade do julgador a delimitação, ampliando o espaço a que vieses cognitivos predominem na tomada decisória. Nesse cenário, o presente estudo se dedica a analisar como os direitos da personalidade podem ter sua efetividade impactada a depender da postura do julgador, se movido pelo ativismo judicial, ou pela aplicação automática dos precedentes judiciais, sem pretensão de exaurimento do tema, enfatizando

- 1 Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA) e do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado University Missouri State – EUA, Editor da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis B1), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3134794995883683>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>.
- 2 Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestra em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR. Doutoranda em Direito pela Uniceub; Doutoranda em Cultura Contemporânea pela UFMT. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Docente em Graduação em Direito e da colaboradora da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso (ESMAGIS). LATTES: <http://lattes.cnpq.br/8180754714236361>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7432-2895>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LIMA, Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira. Levando os direitos da personalidade a sério: uma análise entre o ativismo judicial, no contexto de judicialização da vida, e o caráter obrigatório dos precedentes das “cortes de vértice. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 326-348, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9053>.

como os vieses cognitivos se inserem. Para tanto, proceder-se-á à revisão bibliográfica e à análise de alguns julgados em que há direito da personalidade como pano de fundo e a postura judicial mais ativista e/ou presa ao precedente, destacando, como, aprioristicamente, nem uma nem outra podem ser descartadas quando se revelam caminhos constitucionais ao respeito da pessoa em sua condição de titular de dignidade. Daí o relevo de se conhecer ambos institutos e de se buscar parâmetros de atuação com prudência, quer do juiz singular, quer dos órgãos colegiados.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade; Judicialização da Vida; Ativismo Judicial; Precedentes Judiciais; Efetividade.

ABSTRACT

In the context of the post-World War II period, marked by a significant violation of human rights, and the social yearning for the expansion of protection to the person, the model of the Liberal State and of Law as synonymous with law proved to be insufficient, giving vent to the post-WWII philosophical movement. positivism and the neo-liberal state model, in which the principles become part of the concept of norm and judicial protagonism - in the face of the judicialization of life - assumes a role of revelation, including, in Brazil, with the Federal Constitution of 1988. The conceptual framework of some institutes invites legal uncertainty, leaving the delimitation in the hands of the judge's subjectivity, expanding the space to which cognitive biases predominate in decision-making. In this scenario, the present study is dedicated to analyzing how personality rights can have their effectiveness impacted depending on the position of the judge, whether moved by judicial activism, or by the automatic application of judicial precedents, without claiming to exhaust the theme, emphasizing how cognitive biases enter. In order to do so, we will proceed to a bibliographic review and the analysis of some judgments in which there is personality right as a background and a more activist and/or precedent-bound judicial stance, highlighting, as a priori, neither one nor the other. can be discarded when constitutional paths to the respect of the person in its condition of holder of dignity are revealed. Hence the importance of knowing both institutes and of seeking parameters of action with prudence, whether from the single judge or from the collegiate bodies.

Keywords: Personality Rights; Judicialization of Life; Judicial Activism; Court precedents; Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

Depreende-se que o movimento de ampliação e normatização de direitos humanos, após a II Guerra Mundial, impactou no ordenamento jurídico brasileiro como se observa da Constituição Federal de 1988, marco no processo de democratização do país, em que vasta gama de direitos e garantias fundamentais foram previstos, passando-se do Estado Liberal ao Neoliberal – cujo embasamento filosófico é o pós-positivismo para quem as normas jurídicas deteriam regras e princípios como espécie – do “juiz autômato”³, executor de leis, ao protagonismo judicial.

Dentro desse cenário, não só o direito material, como o processual sofreram influxos, de modo que o processo civil passa a deter função instrumental à concretização de direitos, por meio da jurisdição, exigindo do Estado-Juiz papel mais ativo, para alguns, criativo, racionalizando outras fontes do direito, sobretudo a jurisprudência por força da influência do common law no sistema jurídico pátrio.

Assim, ciente do contexto de “crise numérica” de processos, aumento significativo de demandas repetitivas e da litigiosidade de massa, o Código de Processo Civil em vigor sedi-

3 Esse termo foi usado por J.J. CANOTILHO (2007) ao defender a necessidade de observância de “limites jurídico-constitucionais” pelos juízes, mas não um retorno ao “juiz autômato”.

mentou o uso de institutos de “padronização decisória” em busca da otimização da duração do processo, da mitigação da morosidade processual, como os precedentes judiciais⁴. Doutra banda, para alguns doutrinadores (STRECK, 2019), a justificativa seria falaciosa ao se retirar do juiz de piso sua independência de julgar, limitando sua moldura interpretativa ao que as “Cortes de Vértice”⁵ definam o que é o direito para aqueles casos subsumidos à tese firmada, além de retirar da decisão judicial o seu caráter criativo.

Daí as técnicas processuais que buscam uniformar o entendimento dos Tribunais encontraram nos precedentes judiciais campo fértil, sob a justificativa de resguardo da segurança jurídica, da celeridade e economia processuais, o que, ante a mutabilidade veloz das sociedades contemporâneas de relações liquidadas⁶ podem ter a efetividade de direitos impactada, comprometendo toda uma lógica do Estado Democrático de Direito.

Eis a relevância de se aprofundar o debate quanto ao tema, analisando criticamente os prós e os contra, além de buscar “caminhos” constitucionais num dilema muitas vezes entre a celeridade e segurança jurídica – valores tão caros à visão econômica do Direito – e a justiça da decisão fruto de construção do direito pelo julgador.

Diante do cenário acima desenhado, buscar-se-á responder às seguintes indagações: é possível, ante o caráter dinâmico, ampla variabilidade e constante evolução/aprimoramento decorrente de sua essência – referir-se a direitos essenciais da pessoa humana em sua condição de titular de dignidade e de autonomia – levar-se os direitos da personalidade a sério, no sentido de os efetivar por meio da tutela jurisdicional, num cenário de judicialização da vida, potencializadora do ativismo judicial, e de precedentes judiciais obrigatórios das Cortes de Vértice, ambos objeto de críticas à luz do texto constitucional? Considerando que a ampliação do espectro normativo com a presença de conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo, permitindo que a subjetividade do julgador seja potencializada, o ativismo judicial detém legitimidade democrática se a justificativa for a tutela de direitos da personalidade? Nesse mesmo cenário, a padronização decisória, a partir do uso dos precedentes judiciais, considerando a multiplicidade e mutabilidade dos direitos da pessoa, revela-se como critério legislativo utilitarista incompatível com a natureza essencial desses direitos, que exigem interpretações humanistas? Eis o dilema a que todo o Sistema de Justiça se impõe.

Para tanto, a despeito da enormidade de material teórico em torno dos temas “ativismo judicial”, “judicialização” e “precedentes”, o que de certa forma impõe cautela quanto à seleção do referencial a ser usado, ante o relevo a tão buscada determinação da teoria decisória e os contornos práticos, num Estado Democrático de Direito, considerando o recorte metodológico escolhido, dar-se-á ênfase à visão de Ronald Dworkin, Luís Roberto Barroso, Lênio Luís Streck e Richard Posner, sem desconsiderar outras perspectivas, aqui consideradas como circunstanciais, utilizando-se do método dedutivo analítico, bem como da técnica de pesquisa da revisão doutrinária abalizada ao tema e de casos práticos julgados pelo STF e STJ, a título ilustrativo.

4 Sem descurar de toda celeuma em torno de seu caráter vinculante, no presente projeto se adota o entendimento majoritário de que nas hipóteses dos incisos I até III, do art.927, CPC, por caber reclamação constitucional, se desrespeitados, detêm tal efeito.

5 Lênio Streck (2019) cunha o termo “Cortes de Vértice” para se referir ao STF e ao STJ e foi termo usado pelo Ministro Fachin no RE 655.265 – como se os requisitos da estabilidade, da integridade e da coerência dependesse de quem cria a tese e não como ela é criada.

6 Zygmunt Bauman, sociólogo e filósofo polonês, adota o termo “liquida” para se referir a volatilidade das relações humanas atuais, de desejos e necessidades em constantes mudanças.

2. DO ATIVISMO JUDICIAL AOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO CONTEXTO DA “JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA”

2.1 DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AO NEOCONSTITUCIONALISMO: DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PÓS-POSITIVISMO, DO JUIZ AUTÔMATO AO JUIZ PROTAGONISTA

Há muito se vinha e se vem produzindo a ideia, no mínimo, equivocada de que a lei é fonte do Direito e que fazer justiça seria, assim, aplicar a lei ao caso concreto por meio do silogismo, da subsunção.

Em Hobbes, Locke e Rousseau, partindo da perspectiva de que se fazia necessária a presença do Estado para proteger o homem do próprio homem, do contrato social em que as pessoas cederiam ao Estado o poder de representar a vontade soberana e resguardar seus direitos, a concentração de poder nas mãos do monarca fez imperar os males do absolutismo em que a vontade dele se sobrepunha a da sociedade e o julgador decidia de acordo com seus ditames, até culminar, por exemplo, na Revolução Francesa em 1789, onde a teoria da separação dos poderes é sedimentada (FACHIN, 2019) e se passa a ter a perspectiva da neutralidade do julgador, da “mera boca da lei”, defendida por Montesquieu no sentido de retirar do juiz qualquer atividade criativa do Direito.

Contudo, com o movimento de ampliação e normatização de direitos humanos, do acesso à justiça, tendo no pós Segunda Guerra Mundial seu marco histórico, o princípio da legalidade sofreu mudanças significativas ante a insuficiência da lei responder aos anseios sociais da época, demonstrando que a ideia de sistema jurídico de Hans Kelsen (1976), segundo a qual não se poderia falar em lacunas e antinomias reais, não era perfeito e precisava ser repensado. A resignificação do sentido de norma jurídica é trazida à tona e autores como DWORKIN (1986), ALEXY (2008) e CANOTILHO (2007), num viés pós-positivista, que passam a defender que os princípios detêm força normativa, inserindo carga axiológica a ser considerada quando da tomada de decisão pelo julgador.

Ora, vê-se que a interpretação pura da lei, por meio da subsunção, defendida por Kelsen, em sua “Teoria Pura do Direito” (1939), passa a ser insuficiente à solução dos conflitos que surgem, pondo às claras que a ampliação do espectro hermenêutico do julgador deveria transcender e buscar nos valores sociais relevantes à manutenção da ordem, da pacificação social. Explico.

A partir da visão kelseniana do ato de interpretar seria, num sistema fechado e escalonado de normas, em que a eficácia é consectário lógico da validade, “a fixação por via cognoscitiva do sentido do objecto a interpretar [...]”, ou seja, “a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem” (KELSEN, 1976, p. 467); seria ato prudencial do juiz, criando norma individual.

Bittar, comentando tal visão, sustenta que se a norma jurídica detém vários sentidos possíveis, procurando a Ciência do Direito tão somente descrevê-los e facultar a escolha ao julgador, à melhor solução ao caso concreto, concedendo-lhe liberdade dentro da moldura normativa, sendo todas legítimas por serem legais. (BITTAR, 2000)

A despeito do purismo metodológico de Kelsen, segundo o qual à condição científica do Direito mister não se admitir inferências de ordem não jurídica, depreende-se que se o próprio sistema jurídico trouxer em seu bojo carga valorativa, a margem interpretativa se amplia e os riscos a que o filósofo buscava afastar foi introduzido pela própria norma. Nesse talante, “Qualquer avanço no sentido da equidade, dos princípios jurídicos, da analogia só são admitidos desde que autorizados por normas jurídicas.” (BITTAR, 2000, p.561). Como exemplo de previsão normativa expressa de uso de critério de “justo” pelo juiz a decidir, de verdadeiro “dever ser axiológico”, tem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷ e o Código de Processo Civil⁸ brasileiro em vigor.

Dentro do contexto de que o ato de interpretar não é mero ato mecânico da subsunção, com a ampliação do alcance da norma jurídica com os princípios, a margem à discricionariedade do julgador também se estendeu dando azo a posturas ativistas, menos presas ao modelo legalista estritamente, abrindo-se a menos resistência ou negação aos modelos mais realistas, como o ideológico e o estratégico.

Sergio Nojiri (2017), defensor do realismo jurídico, assinala que o modelo legalista parte do equivocado pressuposto de que a “moldura normativa” se revela suficiente a que a ideologia do julgador permeie o processo decisório, sem, contudo, o contaminar; serve para limitar ou impedir crenças, desejos do julgador; para “[...]viabilizar um resultado racional e justificado.”, como se houvesse uma só resposta àquele caso; aproximação com a verdade, o que está longe de ser real, já que há o “[...] risco de erro na identificação do direito a ser aplicado ao caso concreto. Isso sem mencionar a possibilidade de duas ou mais opções decisórias igualmente plausíveis para o caso.” (NOJIRI, 2017, p.1).

Assim, assinala-se a complexidade do ato de julgar e os inúmeros fatores que podem influenciar a tomada de decisão, enviesando-a, quer segundo padrões pré-fixados pelo ordenamento jurídico, quer por fatores endógenos, o que ratifica a ideia de Patrícia Perrone Campos Melo (2018), ao chamar a atenção à insuficiência do modelo legalista - que decorre do “material jurídico ortodoxo” – sem, contudo, deixar de reconhecer seu relevo.

Ora, conquanto por força da tradição jurídica brasileira o modelo legalista tenha bastante força e no imaginário coletivo ainda prevaleça a ideia de que a vontade da lei é a vontade do povo, dentro de um Estado Democrático de Direito em que a lei é fonte por excelência, o desafio das sociedades contemporâneas é que o legítimo e o legal, de fato, representem a mesma coisa.

Um dos defensores do pós-positivismo, bastante estudado no Brasil, é Ronald Dworkin para quem o juiz deve se preocupar com a integridade do direito e se utilizar dos princípios à solução dos casos difíceis, sem incorrer na arbitrariedade, mas podendo agir de modo discricionário, fazendo imperar o Direito. Compreendendo, assim, o Direito para além da lei, exercendo o juiz a função criativa⁹.

Inclusive, nesse talante de (in) determinação quanto aos limites entre a arbitrariedade e a discricionariedade judicial, há clássico debate teórico entre Hebert HART, em “O conceito de

7 O art. 10 dispõe que toda pessoa tem direito que “a sua causa seja equitativamente julgada”.

8 O art. 8º prevê que “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”.

9 Nesse mesmo sentido, para quem o ato de decidir não deve se limitar a aplicar a regra de Direito, tem-se Jacques Derrida (2003), Robert Alexy (2014), por exemplo.

Direito” (1961), e DWORKIN em “Levando os direitos a sério” (1977), em que, nessa obra, movido por seu moralismo jurídico, defende uma teoria da argumentação jurídica, onde parte da ideia de que todas as pessoas de dada comunidade são iguais por sua condição de ser humanos, independente de condição econômica e social, de crença, tendo direito a direitos e políticas públicas; ao tratamento igualitário, nos mais variados aspectos de relevo ao desenvolvimento humano, buscando resposta nos princípios e não em conteúdos morais abstratos.

Daí, como consectário da necessidade de se ajustar o sentido do texto normativo com as mudanças sociais e históricas e com as circunstâncias fáticas, o legislador criou cláusulas gerais com conceitos indeterminados cujo papel da interpretação judicial à delimitação se torna essencial. Decerto que tal “técnica casuística” gera riscos ao que se chama de “decisionismo”, atribuindo ao magistrado responsabilidade social que não lhe compete.

Depreende-se que o juiz é convidado pelo próprio legislador que, ao deixar o “sistema aberto”, por meio da técnica de cláusulas abertas, por exemplo, a participar mais ativamente do processo, construindo o direito. É mudança paradigmática de legislador que tudo regulamentava – dominou até a metade do século XX – para legislador que cria cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados, permitindo que o Direito acompanhe as mudanças sociais, sem precisar passar pelo moroso processo legislativo e sem ser anacrônico. Nesse sentido,

Em essência, ‘o direito é um modo de resolver casos concretos’. O distanciamento da realidade faz mal ao jurista. Seu objeto de atenção está em permanente mutação. Com impressionante celeridade, os problemas sociais se transformam e as leis, como respostas que são a esses problemas, se alteram. Com uma única norma, o legislador pode fazer desmoronar todo um edifício de conceitos jurídicos, tomando obsoletas páginas e mais páginas de classificações. (SCHREIBER, 2013, p.220)

Essa “virada hermenêutica” impactou no ordenamento jurídico brasileiro como se observa da Constituição Federal de 1988, marco no processo de democratização do país, em que o protagonismo judicial muitas vezes é o único caminho à concretização das promessas democráticas ante a atuação insuficiente dos demais poderes ou o silêncio intencional deles.

Leciona BARROSO (2018, p.11) que “A centralidade da Constituição trouxe a constitucionalização do direito – isto é, a leitura de todo o ordenamento infraconstitucional através da lente da Constituição – e uma judicialização abrangente.”, de modo que, na perspectiva do constitucionalismo democrático, houve a superação do formalismo jurídico, a centralidade da Constituição, ascensão do Direito Público e os direitos fundamentais passaram a assumir papel relevante e a terem visão holística, permeando seus efeitos “[...] por todos os domínios do Direito infraconstitucional.” (BARROSO, 2018, p.11). É o que o autor prefere chamar de “judicialização da vida”, num viés abrangente de regulação judicial, em termos quantitativos e qualitativos, da política, da religião, da economia, da vida cotidiana, que, para ele, distingue-se de ativismo judicial, como se detalhará a seguir.

2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA: PONDERAÇÕES CRÍTICAS DO ATIVISMO NESSE CONTEXTO

Ante a opção legislativa de prevê conceitos jurídicos indeterminados somada à “doutrina da efetivação dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2018) permitiu que o protagonismo

judicial se expandisse no país, mais comumente chamado de “ativismo judicial” que, a priori, detém viés negativo e precisa ser contido, sendo antidemocrático por permitir que pessoas não escolhidas pelo povo decidam os rumos da história (STRECK, 2010). É o que GICO Jr. chama de “anarquismo judicial” (2015), embora não seja tão extremista, ponderando com o que chama de “hermenêutica das escolhas”.

Há vasta divergência doutrinária quanto à origem dessa postura judicial, dando ênfase à experiência norte-americana, como Lucia do Valle Figueiredo (1991) que aponta que a Corte Suprema teria, em 1947, perfis distintos de juízes, onde se identificou como ativistas como meio à efetivação dos direitos humanos, em contraposição aos juízes autocontidos, deferentes ao legislativo. No mesmo sentido, assinala Carlos Campos (2014), em que se enfatiza o relevo do caso *Madison vs. Marbury*, ao admitir a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, até então não previsto.

No Brasil, o termo passou a ser utilizado em pesquisas de campo por Ariosto Teixeira (1997) e Marcus Faro de Castro (1997), ao analisarem a atuação dos ministros do STF quando da declaração de inconstitucionalidade, concluindo, à época, por comportamento pouco ativista, e, logo, a inadequação do termo, como assinala MACIEL e KOERNER (2002, p.114). Em 1999, o pesquisador Luís Werneck Vianna relacionou o fenômeno da “judicialização da política” com o cenário de transformações constitucionais após 1988 em que minorias passaram a se utilizar de instrumentos judiciais ao resguardo dos seus direitos. Assim, verifica-se o uso do termo ativismo judicial ainda de modo cinzento, ora numa perspectiva negativista – como o Elival da Silva Ramos (2013) e Lênio Luiz Streck (2016) -, ora elogiosa, - como o faz Luís Roberto Barroso (2008) e Celso de Mello (2008), por exemplo.

Na mesma toada, sem desconhecer outros estudiosos de relevo ao tema no Brasil, partindo-se da perspectiva de Luís Roberto Barroso de que, volvidos por esse sentimento constitucional e de reconhecimento da dignidade da pessoa humana, concretizada por meio dos direitos fundamentais, que passa a permear todo o ordenamento jurídico, observa-se verdadeira mudança paradigmática na interpretação constitucional, em que métodos interpretativos tradicionais não mais são suficientes, sobretudo na solução de casos difíceis. Assim, a superação do silogismo, a constitucionalização do direito, o uso dos princípios e de postura mais ativista do julgador a “empurrar a história” passam a ser imprescindíveis (BARROSO, 2008, p.36).

Vê-se que a ampliação de direitos fundamentais ou direitos da personalidade exige atuação mais ativa do Poder Judiciário seja na perspectiva do direito substancial, quer procedimental. Nesse diapasão, a necessidade de declarar a efetividade de normas constitucionais que carregam em conteúdo de direito fundamental, criando comandos de observância obrigatória a todos poderes, quando da violação, o próprio texto constitucional autorizaria, legitimamente, o Poder Judiciário a atuar, no caso concreto, ponderando os “interesses em jogo” (NALINI, 2015). Decerto que, sob o manto de tal argumento não se pode autorizar, ilimitadamente, a intervenção do Estado-juiz, substituindo os demais poderes, desconsiderando as peculiaridades da política pública, promovendo riscos imensuráveis à democracia.

Entrementes não se queira, tampouco se consiga nos tempos atuais de ampliação de direitos fundamentais e de garantias a sua efetivação, o retorno ao legalismo formalista para o qual o juiz era mera “boca da lei”, limites devem existir e serem observados ao protagonismo judicial para que subjetivismo não possa substituir a vontade do legislador, poder constituído e eleito democraticamente, de modo que surgem teorias substancialistas e procedimentalistas

em busca de explicações ao fenômeno, a partir do grau de intervenção. Numa perspectiva substancialista, defendida, por exemplo, por Dworkin (1999), o juiz assume papel ativo nas questões sociais; na procedimentalista, por Werneck Viana (1999) o Estado deve oferecer meios propulsores da participação popular na construção de sociedade democrática, tais como a ADIN, ADPF.

Em razão do recorte metodológico aqui adotado, assinala-se que para DWORKIN, em sua obra “O império do Direito” (1999), o direito é integridade e os princípios seriam o “instrumento” para integração. Nesse contexto, para ele, diferentemente dos legisladores que foram eleitos para materializar políticas públicas determinadas pela comunidade, os juízes são guiados por princípios e não pela política. A análise, no caso concreto, de determinada reivindicação de direitos é melhor feita pelo Judiciário do que pelo Legislativo, haja vista esse muitas vezes está sujeito às pressões políticas, o que não ocorre com o Judiciário. Entrementes essa visão, há que se ponderar que não se está a defender a arbitrariedade do julgador, tampouco um ativismo judicial. Para DWORKIN, “Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política.” (2001, p.451). E continua o autor: “O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.” (DWORKIN, 2001, p.451).

Assim, a despeito da variabilidade conceitual, comumente se apresentando como uma postura judicial que transcende os limites democráticos à atuação judicial ao se criar norma quando se tem resposta já pronta pelos poderes constitucionais competentes, aqui se está a compreender o ativismo judicial enquanto postura excepcional, porém legítima do julgador quando se está a resguardar direitos fundamentais e as “regras do jogo” democrático (BARROSO, 2008).

De fato, o problema da (in) determinabilidade da norma jurídica, que impacta diretamente nos limites constitucionais, democráticos à sua aplicação, passou a ser uma realidade com a força normativa dos princípios, tendo na corrente filosófica do pós-positivismo seu pano de fundo, bem como com a Constituição assumindo papel de irradiadora de direitos e deveres, em todas relações da vida cotidiana, de modo que a “judicialização da vida” seja qualitativa, seja quantitativa se revela constante, com o aumento da litigiosidade e abrindo espaço a verdadeira gestão jurisdicional e ao ativismo judicial ante a complexidade e peculiaridades da vida cotidiana moderna, o que pode ser positivo ou negativo, como se abordará.

Ante esse cenário de excesso de litigiosidade, de variabilidade decisória mesmo em casos similares, a insegurança jurídica acaba por comprometer a racionalidade do sistema jurídico e impulsionar a sedimentação legal, com a CPC, da “teoria dos precedentistas”, que veem nos precedentes judiciais instrumento eficaz à contenção ao ativismo judicial, com que não concorda Lênio Streck (2019), que tece várias críticas, sob o fundamento de que se estaria apenas transferindo o problema dos “juízes de piso” às “Cortes de Vértice”, como se analisará mais adiante.

2.3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO À LUZ DA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL E DA RACIONALIDADE ÉTICA

Nessa senda de incertezas, a imprevisibilidade causada pela diversidade de decisão judicial, mesmo em casos semelhantes, passa a comprometer a efetivação de princípios fundamentais do processo civil, constitucionalizado, tais como a segurança jurídica e a isonomia, levando a todo um movimento de inserção de técnicas de padronização das decisões judiciais, típicas do common law, que desemboca na sedimentação do instituto dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015.

Por ser técnica relativamente nova em nosso sistema, cujo aprimoramento se revela necessário à cultura, ainda marcadamente legalista, há ampla e variada doutrina dedicada à compreensão dos precedentes judiciais, de modo que, sem intenção de exaurir o tema, pontuar-se-á alguns aspectos polêmicos que se entende necessários à compreensão dos impactos do instituto à efetivação de direitos essenciais ao tratamento da pessoa enquanto titular de dignidade, dos direitos da personalidade.

Pois bem. Ante a insegurança gerada por decisões lotéricas, falta de previsibilidade e confiança no sistema, sob um viés econômico do Direito, Luiz Marinoni (2018) fala numa “ética dos precedentes” enquanto meio de permitir a racionalização do sistema de justiça para que haja investimentos financeiros no país, crescimento econômico e, pelo menos em tese, desenvolvimento social por meio de políticas públicas.

Ademais, o dever de respeito à isonomia quando da tomada de decisão é imposição do Estado Democrático de Direito, de modo que não é crível que para casos idênticos e com mesmo fundamento jurídico, a solução jurídica encontrada seja distinta (ÁVILA, 2014, p. 635), sob pena de comprometer a meta processual de resultado justo.

Daí que a operacionalização dos precedentes exige que se compare o caso concreto com os fundamentos da decisão, a ratio decidendi da decisão paradigma e, se houver similitude, aplicá-la; se não, fundamenta-se a distinção ou distinguishing, que nada mais é do que o método de confrontar a tese firmada com o caso sub judice e se se vai aplicar ou não (TUCCI, 2004, p. 174), o que não vem sendo tarefa fácil ainda no Brasil. Lógico que não se defende a “mecanização” do ato julgar, como bem apontando por Rosner Pound (1976 apud CARNIO, 2016), mas que, em situações onde houve a sedimentação de entendimento, fruto de debate e de decisão majoritária, o precedente construído seja respeitado.

Além disso, como pondera Patrícia Perrone Campos Mello:

Os conceitos desenvolvidos pelo common law possibilitam também uma análise crítica da forma pela qual se vêm extraindo regras gerais a partir da jurisprudência consolidada sobre determinado assunto, a fim de elaborar as súmulas. Neste ponto, a análise de algumas súmulas indica a necessidade de aprimoramento da prática brasileira, tendo demonstrado: a) uma excessiva autonomia entre os julgados e os verbetes deles decorrentes; e b) a falta de distinção entre holding e obter dictum [...]. O Brasil não tem tradição no assunto e é carente de abordagens metodológicas que possam orientar a jurisprudência nesta função (MELLO, 2008, p.322 e 329).

Depreende-se verdadeiros riscos ao Estado Democrático de Direito. Conquanto não se negue a intenção do legislador ao sedimentar os precedentes judiciais, no sentido de imprimir celeridade ao julgamento dos processos e de promover a coerência e integridade, há quem defenda que as peculiaridades do modelo brasileiro mais se aproxima da “jurisprudência mecânica” norte-americana do que do common law inglês, tão bem retratada por POUND (1976), citado por CARNIO (2016).

Nesse talante, surgem críticas ferrenhas ao instituto dos precedentes judiciais, sob o fundamento de que as “Cortes de Vértice” não possuem legitimidade democrática para criar norma, o que violaria a lógica da separação dos poderes, bem como que as dificuldades à superação da tese firmada são quase sinônimo de impossibilidade (GOTTARDI, 2018) e os equívocos que se observa na prática à construção da tese.

Decerto que ante a jovialidade do instituto no Brasil e por força da nossa tradição no direito legislado, críticas surgem e aos estudiosos se impõe análise aprofundada.

O grande desafio é compatibilizar a concretização dos princípios da segurança jurídica, duração razoável do processo e isonomia com justiça das decisões quando se tem como pano de fundo direitos fundamentais, da personalidade que são a essência do Estado Democrático de Direito.

Ora, dentro da lógica de DWORKIN, em “Uma questão de princípio” (2000), do romance em cadeia, os precedentes precisam traduzir coerência, isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e integridade ao sistema jurídico, nos termos do disposto no art.926, CPC, o que na prática se precisar aprimorar, como assinalam alguns autores da Escola mineira de processo civil, como LEAL (2013), FREITAS (2016) e GRESTA (2012).

Esses autores defendem a necessidade de aprimoramentos e mudança de cultura jurídica, em que todas as partes do processo sejam envolvidas na construção de decisões mais justas ao caso e que o princípio da igualdade não se limite ao aspecto formal, mas inclua a isonomia e a isocrítica, ou seja, que as partes possam argumentar, ser ouvidas e seus argumentos serem considerados quando da tomada de decisão. Apenas a título de exemplo, FREITAS (2016) destacando a visão de GRESTA (2012, *passim*), obtempera que há priorização pelo Código de Processo Civil atual quanto ao “(...) pronunciamento da cúpula do sistema em lugar do amplo debate processual”, levando à inversão da “ordem de fatores da formação da cultura jurídica e, por conseguinte, subverte o processo como instituição democrática”, comprometendo a tão almejada segurança jurídica, pano de fundo das técnicas de padronização decisória.

De fato, os instrumentos processuais, as técnicas de otimização a que decisão judicial possa ser célere, promova a estabilidade, a coerência do sistema jurídico, não devem ser fim em si mesmos, mas meios a que, respeitando o devido processo constitucional, a racionalidade em termos amplos, que inclui valores sociais, como a justiça, possa ser efetivada.

Como observado, entretanto os precedentes judiciais sejam instrumentos à redução do número de demandas de massa, criando cenário ao “controle do caos” (ALVIM, 2012), a minimização da “crise numérica de processos” (NALINI, 2013), não se pode olvidar que a demora no julgamento dos temas afetados e, logo, a suspensão dos processos afetados por prazo indeterminado – a despeito do prazo legal do art. art. 1.035, §9º, CPC - somado aos problemas da “dispersão dos fundamentos”, da “jurisprudência banana boat”, “pseudocolegialidade”

(STRECK, 2010) podem trazer efeitos danosos a um sistema que busca coerência, estabilidade e segurança com os olhos voltados à dignidade do processo. Explico.

Segundo Humberto Theodoro Júnior et al (2015, p. 128-129), deve-se proferir provimentos legítimos e não meramente funcionais; o colegiado deve amadurecer, discutir e decidir dado tema, e não simplesmente deixar ao relator decidir monocraticamente ou os demais se limitarem a darem o “de acordo”, mecanizando o ato decisório e causando danos a todo sistema, em afronta direta aos arts.10 e 489, CPC. E continuam os autores:

Como bem destacado por Conrad Hubner e Dierle Nunes os vieses de confirmação ou cognitive biases estão presentes na decisão colegiada, tal qual se observa as mais variadas heurísticas nas decisões singulares de órgão monocrático, o que ratifica o relevo de se reconhecer a existências desses vieses, seus impactos na tomada de decisões e na prestação jurisdicional, como o projeto piloto organizado pelo National Center for State Courts (NCSC), por exemplo, , envolvendo Califórnia, Minnesota e Dakota do Norte, como o fito de “ensinar juízes e funcionários do tribunal as propensões do magistrado ao julgar em matéria que envolva preconceito.” (THEODORO JR et al, 2015, p. p. 64-65; 87-89, passim)

Além disso, verifica-se o problema dos “constrangimentos” a que os juízes estão sujeitos frente a seus pares e que são ignorados pelas teorias da interpretação, incorrendo-se em “miopia cognitiva”, chamados por Friedman de “círculos concêntricos de influência”, tais como: o juiz está inserto em contexto de “interação estratégica” onde não há além de agregação e deliberação, há lobbies, acomodações; pressões internas do próprio Judiciário e externas, além da opinião pública. (MENDES, 2008, p.135-136 apud NUNES, 2015, p.65).

Destacando como os vieses de julgamento se encontram presentes também nos órgãos colegiados e como as decisões por eles proferidas não garantem qualidade decisória, Dierle Nunes (2015, p.67), citando Richard P. Larrick (2004, p.326-327), afirma que:

Ao lado dessa percepção, como atesta Larryck, há de se perceber que a colegialidade de per si em testes empíricos não garante melhoria decisória, pois membros de um mesmo grupo tendem a manter uma visão semelhante do mundo – e pontos cegos semelhantes. Isso faz com que devamos usar a colegialidade para ampliação do espectro de debates, de modo que cada julgador analise os mesmos pontos de discussão que devem se fazer presentes no relatório do caso (art. 489, I) mas com a exigência fundamental de que os indivíduos devam formular suas próprias hipóteses, independentemente uns dos outros, antes de trabalhar em grupo para deliberar e decidir; uma vez que, em processos julgados por um grupo, ideias compartilhadas podem desencadear novas possibilidades.

Assim, embora haja a possibilidade de decisões colegiadas serem mais racionais, menos viesadas, de modo que a padronização decisória pode reduzir os riscos – para alguns – dos efeitos danosos dos subjetivismos, dos decisionismos, tipicamente presentes em decisões singulares em que a abertura conceitual ou indefinição normativa assim o permitem mais claramente, na prática, essa assertiva não se confirma totalmente.

A despeito dos vários desafios que a nossa tradição jurídica impõe ao aperfeiçoamento dos “filtros decisórios”, tal qual o precedente judicial, não se pode olvidar que se deve buscar uma colegialidade pautada na ampliação do debate entre os julgadores, ou seja, pautada num processo democrático, dialógico.

A decisão judicial deve ser atentar, à sua estabilização e ser hábil a ser servir de padrão decisório, a fundamentação coerente, com os elementos de prova apresentados, inserida na lógica dos valores que permeiam todo o ordenamento jurídico, jamais fruto do que o julgador acha que é correto, em seu decisionismo, quer em decisão singular, quer colegiada.

Não se admite que o resultado do processo seja fruto do "solipsismo do juiz", ou seja, do julgador decidir de acordo com sua convicção íntima (STRECK, 2010), daí a importância da fundamentação das decisões que à formação dos precedentes com qualidade e cautela é imprescindível.

Não se pode olvidar que, a despeito dos deveres básicos do julgador, tais como imparcialidade e independência, quer previstos na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, quer como princípios de Bangalore, partindo do pressuposto de que o julgador é ser humano e como tal sofre interferências internas e externas quando da formação da sua convicção, já que a identidade social é formada não só a partir de elemento endógenos, internos, mas também externos, do meio ambiente, a redução da margem de discricionariedade ao julgar, sem comprometer a justiça da decisão, impõe-se.

Decerto que o respeito ao precedente judicial, num cenário ideal, demonstra como o modelo legalista imprime calma a sociedade. Daí, quando se desconstrói o modelo legalista, há toda uma resistência ante a idealização do sentimento de justiça, mas, doutra banda, quando esse modelo deixa de atender aos anseios sociais, insurge-se contra ele, o que, no Brasil, à mudança de dado precedente o caminho é árduo: ou a partir de alto ônus argumentativo pelo juiz de piso se faz a "distinção" do caso concreto com o parâmetro; ou se aguarda a revisão pelas Cortes de Vértice; ou pelo caminho longo e custoso do processo legislativo.

Assim, se a criatividade é desestabilizadora (POSNER, 2010) e a racionalidade é limitada, logo o Direito (suas bases) também o é, e, por conseguinte, a provisoriedade da verdade é uma realidade, de modo que, em casos cujo pano de fundo se tem direitos da pessoa em sua mera condição de pessoa, padronizar condutas cuja superação do padrão exige demais, pode se revelar como óbice à racionalidade na prestação jurisdicional que ultrapassa a mera celeridade processual, abarcando a justiça da decisão.

Daí, a indagação: como compatibilizar institutos aparentemente colidentes, o ativismo judicial e os precedentes obrigatórios da Corte de Vértice, num Estado Democrático de Direito em que a dignidade humana detém espectro amplo, multifacetado (SARLET, 2013) e relação imbricada com os direitos da personalidade (TEPEDINO, 2008), essencialmente amplos e em evolução, buscando um sistema jurídico justo é o desafio, sobretudo dentro da perspectiva de Direito enquanto integridade, por meio dos princípios (DWORKIN, 1999) e da imprescindibilidade de maximização de riquezas onde os direitos custam e exigem à efetivação de recursos financeiros para tanto (SUSTEIN; HOLMES, 2019)? A "dogmatização de valores" pelas Cortes de Vértice, numa sociedade em constante e rápida velocidade, ao promoverem decisões sem legitimidade democrática, sedimentada por precedentes judiciais, atenderá à racionalidade ética do sistema quando se cuidar de direitos da personalidade? O ativismo judicial, numa perspectiva positiva, de interpretação conforme os ditames axiológicos da Constituição Federal, não seria mais recomendado por permitir análise individualizada do caso posto?

3. ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS EM CONTEXTO DE DIREITO DA PERSONALIDADE: A (IN)COMPATIBILIDADE

O mito da imparcialidade do julgador foi criado pelas Ciências Jurídicas e, em nome da racionalidade, acredita-se nele (MACHADO; NOJIRE, 2021).

Daí, a busca por uma racionalidade do sistema jurídico que para alguns é sinônimo de segurança jurídica, de evitação de “loteria decisória”, passa a enxergar nos filtros decisórios, na padronização decisória um antídoto, como se aspectos subjetivos do juízo de piso, mais próximo da causa, como a empatia, por exemplo, seja algo necessariamente negativo¹⁰.

Ora, como dito alhures, num ordenamento jurídico em que a Constituição, com supremacia e efeito irradiante (HESSE, 1991), traz em seu bojo conceitos jurídicos indeterminados e valores cogentes, além de assegurar o acesso amplo à justiça/o princípio da inafastabilidade da jurisdição, somado à violação dos seus preceitos, há cenário ideal a que o protagonismo judicial e a “crise numérica” de demandas, inclusive de massa e repetitivas, sejam uma realidade com desafios práticos.

Dessa forma, ante cenário atual de protagonismo judicial nas mais variadas searas da vida em sociedade – tais como política, economia, vida privada – nominada por Barroso de “judicialização da vida” (2018), somado a um desenho institucional e omissões/violações dos demais poderes a direitos fundamentais/da personalidade, dando azo à variabilidade de decisões judiciais em casos similares, o instituto dos precedentes judiciais, alguns, inclusive, de caráter vinculante a todo Poder Judiciário, surge, pelo menos no plano das ideias, como meio de controle e resguardo à segurança jurídica e à otimização da celeridade processual, o que, doutra banda, pode ensejar o “engessamento” da atuação judicial¹¹, comprometendo a efetivação de direitos essenciais à pessoa em sua mera condição de pessoa, direitos múltiplos e variáveis, em sociedade complexa.

Registre-se que os direitos da personalidade, sem desconsiderar toda gama de debate teórico em torno, aqui considerados como direitos essenciais à promoção do mínimo existencial (CUPIS, 1961), ou seja, que detêm como cláusula geral de constituição a dignidade da pessoa humana – numa acepção substancial de resguardo do mínimo necessário, como também instrumental, de promoção de direitos essenciais à vida digna, como à participação social na esfera política (OTERO, 2011), não se falando em rol taxativo, ante a sua constante evolução e variabilidade ampla, à sua efetivação, mister a atuação do Estado, o que nem sempre ocorre,

10 Sem adentrar nas peculiaridades da empatia, eis que foge ao objeto do presente estudo, mas tão somente para situar o leitor quanto à variabilidade e dificuldade conceitual, Cibele Machado e Sérgio Nojiri destacam essa dificuldade, pontuando que ora é considerada como o decidir sob a perspectiva do outro (aspecto cognitivo) ou “envolvendo o sentir com o outro” (2021, p.65). Chamam a atenção que a empatia pode ser algo favorável no processo de tomada de decisão, no contexto das instituições jurídicas, eis que otimizará a capacidade do julgador à compreensão da perspectiva do outro, melhorando a imparcialidade da tomada decisória; ora negativa, por não ser emoção específica, mas forma de experimentar o estado emocional de outrem, passível de manipulação facilmente.

11 Conquanto a superação ou revogação deva ser medida excepcional, devendo o órgão criador do precedente ou de hierarquia superior ser cauteloso, sob pena de graves riscos à segurança jurídica, por gerar “déficit de confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico”, como pondera Humberto Ávila (ÁVILA, 2014, p. 479-480), não se pode perder de vistas que o instituto deve servir à sociedade. Assim, se promovem incongruência social – incompatibilidade entre os standards sociais e as normas jurídicas, comprometendo o grau de confiança, a expectativa do cidadão com o Direito, aviltando o “sentimento de segurança do cidadão comum – ou incongruência sistêmica – dissonância entre a decisão sedimentada alhures e mutação do sistema jurídico (MELLO, 2008, p. 237).

exigindo, do Estado-juiz, por meio da jurisdição e se utilizando de hermenêutica constitucional, como defendem BARROSO (2018), SARLET (2012) e ZANINI (2011).

Considerando o caráter instrumento da dignidade da pessoa humana aos direitos da personalidade, muitas vezes, justifica essa nova postura interpretativa do Poder Judiciário que para NALINI (2015) seria uma atuação rebelde dos juízes, porém legítima, eis que são incumbidos de atender aos anseios sociais, interpretando e aplicando as leis sem perder o referencial constitucional, ponderando, contudo, que essa rebelião dos magistrados não se trata de “revolta corporativista. [...] A rebelião é nova postura hermenêutica. Inspira-se na aparente ineficiência do fardo instrumental jurídico para resolver as questões humanas.” (NALINI, 2015, p.320).

Afirma Ingo W.Sarlet que a amplitude e dificuldade conceitual da dignidade humana decorre da sua relação direta e estreita com as “imprevisíveis e praticamente incalculáveis manifestações da personalidade humana.” (SARLET, 2013, p.13), de modo que há até quem negue ser um conceito jurídico, embora possa por ele ser tutelada.

Ora, conquanto não se negue dificuldade de se definir a dignidade da pessoa humana, é possível se apontar os contornos do que vem ser a partir do conteúdo material ao mínimo existencial que se distingue do mínimo vital (OTERO, 2011), apontando que o respeito aos direitos à vida, à saúde, à alimentação, por exemplo, é reconhecer a dignidade da pessoa e o papel do Estado na concretização. Não se está a dizer que o respeito à dignidade humana é uma benesse do Estado, mas decorre da própria soberania popular, materializada no Estado Democrático de Direito; decorre da imposição constitucional de limites de intervenção estatal na vida do cidadão, de concretização de políticas públicas à efetivação de direitos fundamentais e da personalidade, bem como de previsão de procedimentos democráticos – como a judicialização.

Daí, no cenário de “constitucionalização” dos mais variados ramos do Direito, da ampliação da jurisdição constitucional, a importância da interpretação da norma jurídica pelo Estado-juiz à evolução dos direitos da personalidade que, com esse movimento de constitucionalização do direito civil foi essencial por permitir “[...] seu poder de atuação no sentido de realizar a efetivação de valores existenciais e de justiça social” (SZANIAWSKI, 2005, p.56), assinala ZANINI que:

(...) constata-se que o direito civil, interpretado à luz dos ditames constitucionais, caminha para uma melhor colocação do ser humano na sociedade, o qual passa a ser a sua grande preocupação da ordem jurídica, deixando-se o patrimônio, tão festejado pelo direito civil do século XIX, em segundo plano. O “ter” foi colocado a serviço de uma plena realização do “ser”. Essa mudança já se vê no direito legislado, no entanto, mais uma vez, caberá aos tribunais e à doutrina a escolha dos caminhos a serem seguidos pelos direitos da personalidade no século XXI. (ZANINI, 2011, p.50).

Decerto que, a despeito de todo debate em torno das peculiaridades dos direitos da personalidade, o reconhecimento de sua existência em essencialidade, como destaca Adriano de Cupis (2005) e da relação direta com a dignidade humana, considerando o indivíduo em sua integralidade, impõe a proteção não só pelo Estado – seja por instrumentos de tutela positiva ou negativa – mas também de toda sociedade – eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Há que se assinalar que toda evolução e positivação de tais direitos não se revela ainda suficiente a sua concretização ante o que chama de “foço entre ricos e pobres”, tomando como base o estudo de E. Hobsbawm, “A Era dos Extremos” (apud SARLET, 2012), acentuando pelos conflitos bélicos, étnicos e religiosos. Ou seja: há verdadeiro paradoxo entre a multi-

plicação simultânea de textos normativos tutelando os direitos humanos e fundamentais e recrudescimento das violações, fazendo-se necessário “atitude concreta na busca de sua superação” (SARLET, 2012, p.13), dentro de perspectiva de que os referidos direitos detêm eficácia, variando tão somente quanto ao grau, de modo que devem ser respeitados e muitas vezes precisam da jurisdição.

É dentro desse cenário que críticas à postura mais ativa do Poder Judiciário, sob o manto dessa amplitude normativa, do alto grau de abstração dos princípios com amparo na abertura axiológica introduzida pela Constituição Federal de 1988, com a indefinição conceitual da dignidade da pessoa humana, ganham força e consideram a irracionalidade do nosso sistema jurídico, que se busca uma “ética” voltada à padronização decisória, que, registre-se tanto POSNER (2010), quanto DWORKIN (2011), defendem, sem descurar, em casos excepcionais, do ativismo judicial.

A presença do Estado-juíz nas mais variadas searas da vida cotidiana, desde a política até as relações privadas de afeto, por exemplo, somado ao fato da ampliação do espectro interpretativo do julgador no pós-positivismo, ao mesmo tempo em que pode se revelar cenário ideal à tutela dos mais essenciais direitos da personalidade – como à vida, à honra, à imagem, ao nome – pode impingir riscos ao Estado Democrático de Direito, por dar azo ao ativismo judicial negativo – e a buscas a sua contenção, como os precedentes judiciais – que também pode ser algo negativo à efetivação de direitos - como se mostrará a seguir, tomando como base alguns exemplos práticos.

Pois bem. Infelizmente, vem se observando significativa morosidade nos julgamentos de temas afetados, indo de encontro à própria lógica dos “filtros decisórios” como um todo. Segundo relatório do CNJ (2018), dos 10 temas com maior número de processos sobrestados – correspondem a 72% das ações paralisadas nos Tribunais - destaca-se o Tema 731¹², do STJ, em que 407.280 processos foram sobrestados. Sem adentrar nas especificidades de cada tema, se observa que neles, embora se vise à prestação de cunho econômico, como pano de fundo, há verbas de natureza alimentar (Tema 731 do STJ) e de impacto direto na qualidade de serviço público essencial ao consumidor, integrante dos direitos da personalidade (BRASIL, 2019). Outro tema de relevo por envolver Direito do Consumidor, direito essencial à condição de pessoa na sua individualidade e na sua convivência social, é o Tema 954¹³, do STJ. Esse tema foi afetado, em 07/06/2016, e desde então, sem decisão de mérito,

12 Nesse tema “discute-se a possibilidade, ou não, de a TR ser substituída como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao FGTS”, em recurso proposto pelo Sindicato dos Trabalhadores em Água, Esgoto e Meio Ambiente de Santa Catarina, em que sustentam que o parâmetro fixado pela Lei 8.177/91 não efetiva a atualização monetária desde 1999, causando distanciamento progressivo dos saldos atualizados pelos índices oficiais de inflação, sugerindo a substituição da TR pelo INPC ou IPCA. Foi afetado em 16/09/2016 e julgado em 11/04/2018 e, em 16/09/2019, o STF reconheceu relação com a ADI 5090/DF, determinando seu sobrestamento, ante o deferimento de cautelar pugnada, até o julgamento da referida ação (BRASIL, 2019).

13 Resumidamente, traz questões a serem submetidas a julgamento: “a indevida cobrança de valores referentes à alteração do plano de franquia / plano de serviços sem a solicitação do usuário, com o conseqüente pedido de indenização por danos morais, em contrato de prestação de serviços de telefonia fixa; - ocorrência de dano moral indenizável, em virtude da cobrança de serviços advindos da alteração do plano de franquia / plano de serviços de telefonia fixa sem a solicitação do usuário, bem como, se configurado o dano, seria aplicável o reconhecimento “in re ipsa” ou a necessidade de comprovação nos autos; - prazo prescricional incidente em caso de pretensão à repetição de valores supostamente pagos a maior ou indevidamente cobrados em se tratando de serviços não contratados de telefonia fixa advindos da alteração do plano de franquia / plano de serviços sem a solicitação do usuário, - se decenal (artigo 205 do Código Civil), trienal (artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil) ou outro prazo; - repetição de indébito simples ou em dobro e, se em dobro, se prescinde, ou não, da comprovação de dolo ou má-fé do credor (artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor) ou da sua culpa (imprudência, negligência e imperícia); - abrangência da repetição de indébito - se limitada aos pagamentos documentalmente comprovados pela autora na fase instrutória ou passível de o quantum ser apurado em sede de liquidação de sentença, mediante determinação à parte ré de apresentação de documentos (BRASIL, 2016).

com processos, normalmente, em curso no Juizados Especiais, cujo princípio basilar é a celeridade processual, suspensos¹⁴.

Lógico que a matéria tratada exige e assim se observou a ampliação cognitiva com a oitiva dos “amigos da corte”, de vários atores, mas limites temporais precisam ser observados sob pena de se manter o problema anterior, cuja padronização decisória veio como “salvadora da pátria”, a morosidade, impactando na efetivação de direitos.

Em matéria de Direito Privado, de competência da Segunda Seção do STJ, pode-se observar que, tomando o tema “Plano de Saúde”, aparece como o sexto de maior incidência, e, entre os períodos de 28/02/2015 a 28/02/2020, segundo o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no Resp. 1.866.783-SP¹⁵, “36.194 novos processos neste Tribunal sobre as mais diferentes controvérsias surgidas em relações jurídicas entre planos de saúde e seus beneficiários” (BRASIL, 2020), o que demonstra o relevo de uniformização da norma infraconstitucional pelo STJ para criar balizamentos, inclusive, ao órgão regulador dos planos de saúde no país. Assim, o Ministro Relator decidiu afetar os seguintes temas ao rito dos recursos repetitivos e à lógica do incidente de assunção de competência: 610, 919, 952, 989, 990, 1.016, 1.032, 1.034, 1.045 e 1.047, além do IAC nº 5, destacando que assim se poderá de logo, evitar “o ajuizamento de diversas ações judiciais, tendo em vista ser o fato notório que a ausência de critérios objetivos para a identificação de qual é a posição dos tribunais com relação a determinado tema incita a litigiosidade processual” (BRASIL, 2020).

Eis o aspecto positivo dos precedentes impactando diretamente na efetivação de direitos da personalidade, já que no grave problema da judicialização da saúde pública, a variabilidade de decisões judiciais para casos similares gera desconfiança no sistema de justiça, o que pode ser minimizado com a fixação de teses, embora o aprimoramento do instituto seja premente. Mister que se julgue com celeridade e que a cultura de respeito ao precedente – construído em observância aos ditames constitucionais – possa ser desenvolvida e mitigados os nefastos efeitos do ativismo judicial desmedido.

Depreende-se dos temas acima, escolhidos não só em razão do impacto quantitativo – números de processos a eles afeitos – como também por se referir a direitos da personalidade que exigem do julgador cautela ao se extrair a ratio decidendi e a construção do tema, bem como a preocupação com o amadurecimento do debate entre os membros, inclusive, com a realização de audiência pública e oitiva de amici curae, por exemplo, democratizando a construção de decisão judicial com força de lei, para maioria.

É dentro dessa perspectiva de preocupação com a qualidade dos julgamentos que geram eficácia vinculante e erga omnes, que criam precedentes obrigatórios e mitigam o ativismo judicial, que se irá analisar o exemplo em que a postura ativista do julgador criou precedente positivo no sentido de promover a evolução do Direito, resguardando direitos da personalidade de grupo vulnerável.

14 Consoante consulta junto ao sistema de dados do STJ, em 26/08/2021, havia 721,201 processos sobrestados em razão da temática (BRASIL, 2021).

15 Apenas para situar, o referido recurso especial tem como discussão jurídica o (não) “cabimento de reparação a título de dano moral em razão da negativa indevida ou injustificada de cobertura de procedimento por operadora de plano de saúde, a que esteja, por reconhecimento judicial, legalmente ou contratualmente obrigada”, tendo o Min. Relator constatado que, de 2014 a 2018, foram 717.263 novas ações referentes a plano de saúde e que, em 2018, 134.644 foram judicializadas (BRASIL, 2020).

No que tange ao ativismo judicial, como já alinhavado alhures, entende-se que a postura judicial regra geral deve ser de autocontenção e só em situações excepcionais –resguardo dos direitos fundamentais/da personalidade e das “regras do jogo democrático” – o protagonismo judicial deve operar.

Um dos exemplos em que o ativismo pode ser considerado “iluminista” ou positivo que, inclusive, detém relação com a formação dos precedentes judiciais em contexto de direito da personalidade, é quanto direito ao nome a partir da identidade de gênero e do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Como caso emblemático, tem-se o reconhecimento pelo STF da união entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132 e ADI 142), além do direito de alteração do nome por procedimento administrativo e independente de quaisquer procedimentos cirúrgicos, médicos quanto à mudança de gênero, situações essas em que se observa o diálogo das fontes do direito interno e internacional, em prol do respeito à dignidade da pessoa em sua individualidade e no exercício da autonomia de vontade, tomando como base o teor do parecer exarado na Opinião Consultiva nº 24/2017, que impactou internamente, de modo que o CNJ editou atos normativos nesse talante (CIDH, 2017).

Ora, vê-se que a pluralidade de entidades familiares, na qual a união homoafetiva é uma realidade, passa a ser traço característico da sociedade contemporânea e a declaração pelo Estado de tal fato decorre do respeito aos direitos da personalidade, como ao da identidade de gênero, em que a pessoa pode se manifestar como se autopercebe e criar seus laços de afeto a partir dela, sem ser “julgado” por isso:

o enfoque da proteção desloca-se da família em si mesma para cada um dos seus integrantes, reconhecendo-se que a instituição familiar não pode ser protegida como algo superior aos desígnios dos seus membros, mas consiste, ao contrário, em instrumento da realização da felicidade de cada um deles. Tem-se aí um novo aspecto funcional: ‘a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época’ (SCHREIBER, 2013, p. 226).

Percebe-se que partir da década de 1960 a família passa por ressignificações e o Direito tem que tutelar, protegendo a unidade familiar e, logo, seus entes, que o Código Civil não o fez, deixando aos Tribunais o fazerem, como o fez o STF na ADPF 132 e ADI 4277 (BARROSO, 2018).

A postura do STF em assim compreender o problema foi de vanguarda e de respeito à pessoa em sua dignidade, permitindo que as relações jurídicas estabelecidas saíssem do limbo da insegurança jurídica (BARROSO, 2018, p.437), tendo-se no julgamento da ADO 26, pelo STF, por exemplo, a despeito das críticas, uma visão presa àquele precedente.

Como dito, não só a partir desse julgado, mas também da OC nº 24/2017 passou-se a observar, inclusive, em sede de repercussão geral, cujo efeito do julgado, nos termos do art. 927, CPC, cria precedente vinculativo não só a todo o Poder Judiciário, como a Administração Pública, ratificando a ideia de antes mesmo da sedimentação da padronização decisória com o CPC atual, institutos como decisões em controle concentrado de constitucionalidade já impunham tal visão.

Depreende-se assim que, a partir de posturas mais evolutivas do Estado-juiz, no plano interno ou internacional, a despeito das críticas, vêm promovendo a tutela dos direitos essen-

ciais da pessoa sem os quais todos os demais direitos seriam inócuos. Daí, não se pode crucificar nem o ativismo judicial, tampouco os precedentes judiciais, aprioristicamente.

Ora, a unicidade do ser humano em sua individualidade, somado ao fato da dinamicidade e complexidade da pessoa, exige, à proteção efetiva, a criação de uma teoria geral dos direitos da personalidade que não deixe ao alvedrio do legislador, que por mais cauteloso e futurista que pudesse ser, não seria capaz de prevê todas as hipóteses de direitos essenciais a tratar a pessoa como pessoa dotada de direitos mínimos à vida digna (SZANIAWSKI, 2005, p. 84).

Assim, com o desenvolvimento social, tecnológico e a complexidade das relações sociais, cuja mudança é característica, embora se compreenda as preocupações dos pluralistas quanto aos riscos, como a insegurança, decorrentes da visão de serem os direitos da personalidade ilimitados, entende-se que as disposições legais não esgotam todo o conteúdo da tutela da personalidade humana, de modo que a teoria monista se revela mais escorregadia e condizente com a lógica da proteção da pessoa.

A postura ativa do julgador ou ativismo mínimo, jamais progressista/negativo, justifica-se quando a natureza fundamental, da personalidade do direito, pano de fundo da pretensão resistida, exige e a norma jurídica, dentro de hermenêutica constitucional, autoriza interpretações várias. A título de exemplo, quando em dada demanda de saúde, o paciente não detém condições financeiras para a aquisição de medicamento de alto custo e há a negativa do Estado em fornecer, a partir de vasta celeuma, o STJ, em sede de recurso repetitivo, sedimentou entendimento quanto à viabilidade do direito perseguido (Tema 106) (BRASIL, 2018).

A atividade interpretativa do magistrado não é estanque e anacrônica, sob pena de ser injusta, de modo que ao buscar solucionar o caso concreto, o contexto social, econômico e político inserto deve ser considerado e sopesado à tomada da decisão.

Como analisando dantes, às vezes a realidade se antecipa ao Direito; o social se antecipa ao legal, é preciso ler o simbólico. Daí a postura ativista do julgador gera desconforto epistemológico, insegurança, mas se a pergunta é forte, a resposta deve ser forte. Se a união homoafetiva é dado da realidade, o simbólico deve criar uma regra de bem viver que o STF no julgamento da ADI 4277 reconheceu, criou precedente e estabilizou as relações. Não se pode negligenciar essa realidade.

Daí, conquanto os riscos inerentes a subjetividade do ato de julgar, potencializados por conceitos jurídicos indeterminados, a mecanização desse ato em nome da celeridade, da previsibilidade e da confiança no sistema jurídico também não é o caminho mais justo. O grande desafio que se impõe ao sistema de justiça é que possa ser instrumento de concretização da justiça em tempo razoável à complexidade da demanda e não justiça apressada.

Assim, ao se admitir o uso dos precedentes judiciais como fonte do Direito, não se pode perder de vista a assertiva acima, evitando-se se fossilizar a atividade jurisdicional e afastar o Direito dos seus fins tão caros ao Estado Democrático.

Ora, o processo não pode ter um fim em si mesmo, mas deve ser servo do direito material, instrumento à concretização de direitos fundamentais – eis, assim, sua fundamentalidade – de modo que se o instituto processual se revestir de óbice à concretização do acesso à justiça, enquanto sinônimo de acesso à ordem jurídica justa, como defende Kazuo Watanabe (1988), não deve ser utilizado pelo interprete no caso concreto.

O direito, enquanto regulador das relações sociais, ante o caráter mutável dessas, é algo vivo, em constante construção, aperfeiçoamento, de modo que a lógica da racionalidade do sistema jurídico volvido ao resultado prático a ser obtido a partir das técnicas de padronização decisória, como a redução de demandas pelo dever de observância à uniformização jurisprudencial e pelo óbice a eventuais mudanças, é, para não falar o mínimo, irracional, autofágico e injusto.

Decerto que, com a alta litigiosidade que aflige nosso sistema de justiça, “filtros” recursais devem ser usados à minimização do problema, porém, sem comprometer princípio tão caro ao Estado Democrático de Direito, o do acesso à justiça.

Tem-se atualmente grande descompasso entre a quantidade de processos e número limitado, insuficiente de julgadores, o que, numa Análise Econômica do Direito se pode falar do Poder Judiciário como um “recurso comum”, eis que “não-excludente e é rival” (GICO JUNIOR, 2014), de modo que mecanismos à racionalização do sistema jurídico se impõe, o que exige comprometimento com a finalidade do Direito.

Assim, a cautela deve ser tanto ao se criar o precedente, como ao se superar, já que a eficácia do sistema de precedente vinculante urge por estabilidade e segurança, sem que implique engessamento do Direito.

Como dito alhures, com vistas a evitar dispersão jurisprudencial, “decisões lotéricas”, ativismo negativo, dentre outros, é que os precedentes judiciais são sedimentados no CPC e se revelam em grande aposta à racionalidade do sistema jurídico¹⁶, entretantes não se pode olvidar de alguns defeitos que os acometem e que precisam ser discutidos e superados.

O sistema de justiça deve se prestar a uma racionalidade que perpassa pela compreensão de que o ser humano precisa ser respeitado em sua individualidade e em sua condição de ser social, titular de vida digna. Não se podendo reificar o outro para se conhecer, mas reconhecer o outro em suas diferenças, isso é reconhecer sua dignidade enquanto pessoa, e que a racionalidade genérica, imposta pela padronização decisória, nos moldes brasileiros, ou de enxergar no juiz um “justiceiro” e não um “operador” do texto constitucional, tendo na justiça o ponto de chegada, não vêm se mostrando factíveis, ante os extremos impostos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conquanto o termo “ativismo judicial” seja plurívoco e haja divergência quanto à sua legitimidade democrática, é certo que vem escancarar a fragilidade do Direito, as dificuldades de se delimitar suas “as margens”, trazendo à tona o papel do magistrado e da decisão judicial nesse cenário. Não menos verdade é que o ativismo judicial, enquanto postura do julgador para além dos limites da “moldura constitucional”, é problema sério que não é peculiaridade do Brasil, mas permeia todos os sistemas democráticos em que há espaço a atuação do Estado-Juiz

16 Conquanto não seja objeto do presente estudo aprofundar os limites da Análise Econômica do Direito - da Escola de Chicago, tendo Richard Posner (2010) um dos grandes representantes -, e as críticas a ela dispendidas, inclusive, quanto ao uso de critérios racionais incompatíveis ao caráter humanista que os direitos fundamentais e da personalidade exigem, há que pontuar que à racionalidade se exige decisões eficientes, ou seja, maximizadoras de riquezas com menor custo possível e em menor tempo.

em matérias a priori dos demais poderes por omissão ou ineficiência, somado à abertura do texto da lei e à suprema constitucional.

Quanto aos precedentes judiciais, embora tenham sido pensados pelo legislador como instrumento à racionalização do sistema jurídico, para imprimir celeridade, estabilidade e coerência e evitar a “pulverização jurisprudencial” e “decisões lotéricas”, muitas vezes estimuladoras da judicialização, algumas vicissitudes do modelo brasileiro levam a críticas quanto ao atendimento de suas finalidades. Apenas a título de exemplo, tem-se: dificuldades em se identificar a *ratio decidendi*, óbices quase intraponíveis à superação dos precedentes, *distinguishing* com exigência de grande esforço argumentativo do juiz, falta de “cultura voltada ao respeito” seja entre os órgãos do Poder Judiciário entre si, seja dentro do mesmo órgão, mudança abrupta de tese fixada em curto espaço de tempo e demora à fixação, com suspensão anos a fio de processos afeitos.

Ora, estar-se, em verdade, “entre a cruz e a espada”, eis que, de uma banda, as pessoas buscam, numa cultura de litigiosidade, o Poder Judiciário para verem seus direitos, comumente, mais essenciais, como à saúde, à privacidade, concretizados, potencializando ainda mais o fenômeno da judicialização donde se pode, a depender da interpretação dada a regra legal, desembocar em ativismo judicial; doutra, a aplicação da lei pura e simples ou do precedente judicial à brasileira – reconhecido com força de lei pelo CPC/15 – revelar-se retorno à “mecanização”, só migrando da lei ao precedente.

Daí, conquanto os precedentes encontrem campo fértil, sob a justificativa de resguardo da segurança jurídica, dentre outros, ante a mutabilidade veloz das sociedades contemporâneas de “relações líquidas”, a efetividade de direitos pode ser impactada, comprometendo toda uma lógica do Estado Democrático de Direito.

Nessa senda, tomando como exemplo de possibilidade de compatibilidade entre o ativismo judicial positivo e o precedente, analisou-se o entendimento jurisprudencial sedimentado em torno do direito da personalidade ao nome a partir da identidade de gênero e do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, exposto na (ADPF 132 e ADI 142) e alguns dos desdobramentos a todo sistema de justiça.

Não é incomum se pensar que ou se admite o ativismo judicial em que o protagonismo não tem limites, sendo incompatível, inclusive, com temas firmados pelas Cortes de Vértice, bem como se associar ativismo ao “decido de acordo com a minha consciência” e fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana ante seu espectro abrangente. Não menos verdade é se defender a observância quase que mecânica dos precedentes pelos juízes ou Tribunais inferiores, retirando-os o dever funcional de julgar com independência, além de se presumir que tais decisões não se sujeitam aos riscos dos vieses de julgamento, por exemplo.

Eis a relevância de se aprofundar o debate quanto ao tema, analisando criticamente os prós e os contra, além de buscar “caminhos” constitucionais num dilema muitas vezes entre a celeridade e segurança jurídica – valores tão caros à visão econômica do Direito – e a justiça da decisão fruto de construção do direito pelo julgador. Buscar caminhos a um sistema de justiça comprometido com o caráter pluralístico do Direito; que se norteie, efetivamente, pela concretização da dignidade da pessoa humana, o que exige respeito aos direitos essenciais da pessoa em sua individualidade, autonomia e enquanto cidadão, destinatário de políticas

públicas, já que o cerne do sistema jurídico tem que ser a pessoa, sua dignificação e a justiça e não o contrário.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A JUSTIÇA KELSENIANA. In: **Revista Usp**. 2000.
- BRASIL. **Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Brasília, DF, 1979.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro. Forense. 2014.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 245, n. 91, maio/ago. 2007.
- CARNIO, **Henrique Garbellini**. Precedentes judiciais ou “direito jurisprudencial mecânico”? In: R. bras. Dir. Proc. – RBDPro | Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 79-94, jan./mar. 2016. p.79-94.
- CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes 2001
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 8ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2019.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; GARCIA, Patrícia Martins; BALDASI, Marcos Vinicius Soler. Instrumentos para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária: política pública de acolhimento familiar visando a dignidade humana. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **O controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FREITAS, Gabriela Oliveira de. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil: o problema de aplicação e desconstrução dos precedentes judiciais no estado democrático de direito. In: **Processo, jurisdição e efetividade da justiça I CONPEDI**. 2016, p.226-241.
- GICO JR, Ivo Teixeira. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 479-499
- GOTTARDI, Gustavo. **Os precedentes judiciais e a impossibilidade de superação**. Campo Grande: Contemplar, 2018.
- HART, Hebert L.A. **El concepto de Derecho**. Buenos Aires: Abelado Perrot, 1961.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HORTA, Ricardo Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Desafios da Agenda de Pesquisa Empírica em Psicologia da Tomada de Decisão Judicial No Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies** vol. 7, nº 3, out 2020.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 1976.

KRELL, Andreas Joachim; SILVA, Carlos Henrique Gomes da. Por uma concepção neoconstitucional da cidadania: da cidadania política à cidadania social e jurídica. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.

MACHADO, Cibele Lasinskas; NOJIRI, Sergio. MEIO-TERMO ENTRE INFERNO E PARAÍSO: UMA ANÁLISE DO PAPEL DA EMPATIA SOBRE OS EFEITOS DOS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO NA DECISÃO DOS JURADOS. **Revista de Teorias da Justiça, da decisão e da argumentação jurídica** | e-ISSN: 2525-9644 | Encontro Virtual | v. 7 | n. 1 | p. 35 – 55 | Jan/Jul. 2021.

MACIEL, Débora Maciel; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em: 02 jun.2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia e operacionalidade. 3ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. Ver. Bras. Polit. Pública, v.8, nº 2, 2018, p.688-718.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOJIRI, Sergio. **Decisão judicial**. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Abril de 2017.

NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. R. bras. Dir. Proc. – RBDPro | Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 61-81, out./dez. 2015.

OTERO, Cleber Sanfelici. **Inclusão social da extrema pobreza**: direito à cidadania integral e contextualização do mínimo necessário no Brasil. 2011. 444 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Bauru, 2011.

PÁDUA, Thiago Pádua; SOUTO João Carlos. Da propriedade à moradia: breve estudo sobre a evolução constitucional brasileira. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.

POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado. 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; SOUZA, Bruna Carolina de. Os direitos humanos e a proteção aos seus defensores: análise à luz da salvaguarda dos direitos de personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)** - ISSN 2318-5732 - v. 8, n. 3, 2020, p. 159-180.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline de. Eutanásia social, direito à saúde e os direitos da personalidade: um olhar sobre a pobreza extrema. **Revista Meritum** - FUMEC, vol. 15, n. 1, p. 231-259, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; LIMA, Henriqueta Fernanda C.A.F. Direitos da personalidade e o limite da atuação judicial: responsabilidade civil e a judicialização da vida. **Revista Direito e Paz – UNISAL**, ano VIII, n. 42, p. 114-142, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. O mal-estar do homo juridicus e a contra-genealogia da modernidade: o paradoxo entre a personalidade como direito e o imago-Dei como herança. **Argumenta Journal Law - UENP (Jacarezinho)**, vol. 32, n. 20, jan.-jun./2020, p. 363-383, 2020.

STORINI, Claudia. Pluralismo y buen vivir un camino hacia otro constitucionalismo posible. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.

STRECK, Lênio Luiz. STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Salvador: Juspodivm, 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: RT, 2005.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; LOPES, Marcelos Dantas. O periculum in mora reverso como garantia dos direitos da personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

TORRES, Dennis José Almanza Torres. La constitucionalización del derecho: debates en torno a la interpretación principiológica de las normas jurídicas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAMBAM, Neuro José; SILVEIRA, Margarete Magda da. Projeto renda mínima de cidadania: solução para equidade social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

Dados do processo editorial

- Recebido em: 28/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 10/05/2022
- Avaliação 2: 13/06/2022
- Decisão editorial preliminar: 02/07/2022
- Retorno rodada de correções: 20/07/2022
- Decisão editorial/aprovado: 07/08/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2