

V. 21 ♦ N. 3 ♦ SETEMBRO/DEZEMBRO ♦ 2019

ISSN 2236-8957

REVISTA DA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



*Edição em homenagem ao
Ministro Luis Roberto Barroso*



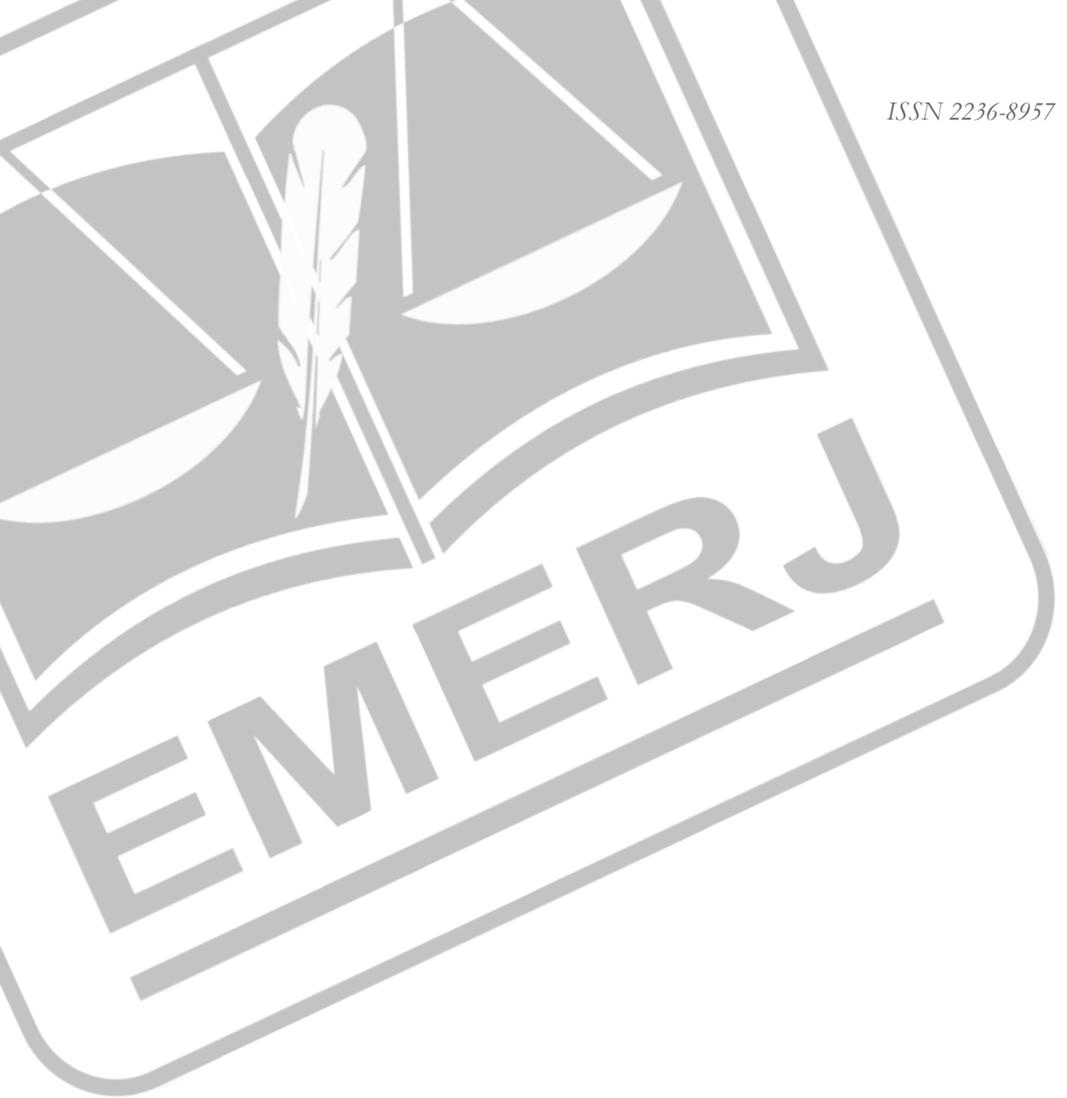
Direito & Inovação

TOMO 1

EMERJ



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Setembro/Dezembro
V. 21 - N. 3 - T. 1 - Ano 2019

Rio de Janeiro

© 2019 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

EQUIPE EDITORIAL:

Coordenador Editorial: Doutor André Gustavo Corrêa de Andrade, Mestre Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte.

Conselho Editorial: Mestre Abel Fernandes Gomes, Doutor Adán Carrizo González-Castell, Doutora Adriana Ramos de Mello, Doutor Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Doutor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Mestre Anderson de Paiva Gabriel, Mestre Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Doutor Cassio Scarpinella Bueno, Mestre Cesar Felipe Cury, Mestre Daniel Vianna Vargas, Pós-Doutora Edna Raquel dos Santos Hogemann, Mestre Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Pós-Doutor Fredie Souza Didier Junior, Doutor Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, Mestre José Guilherme Vasi Werner, Doutora Larissa Pinho de Alencar Lima, Pós-Doutor Lenio Luiz Streck, Mestre Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Mestre Luciano Vianna Araújo, Mestre Luiz Roberto Ayoub, Mestre Rafael Estrela Nóbrega, Mestre Rodrigo Borges Valadão, Doutor Sérgio Cavalieri Filho. Portaria nº 44/2019

Editores Associados: Ministro do STF Doutor Luiz Fux, Ministro do STJ Mestre Antonio Saldanha Palheiro, Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, Ministro do STJ Mestre Marco Aurélio Bellizze Oliveira.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
1998 -

Rio de Janeiro: EMERJ,

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

■ PRESIDENTE

Desembargador Claudio de Mello Tavares

■ CORREGEDOR-GERAL

Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto

■ 1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho

■ 2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Paulo de Tarso Neves

■ 3º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

■ DIRETOR-GERAL

Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade

■ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

Vice-Presidente

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira

Diretor Adjunto Administrativo

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – COMAM

Desembargador Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho

Presidente da Comissão Supervisora dos Cursos de Extensão, de Pós-graduação e de Convênios e Parcerias - COCEP

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Juíza Adriana Ramos de Mello

Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA DA EMERJ:

COORDENADOR EDITORIAL:

Doutor André Gustavo Corrêa de Andrade, Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

EDITORES ASSOCIADOS:

Ministro do STF Doutor Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Ministro do STJ Mestre Antonio Saldanha Palheiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, Brasil.

Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil.

Ministro do STJ Mestre Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL:

Mestre Abel Fernandes Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Adán Carrizo González-Castell, Universidad de Salamanca – USAL, Espanha.

Doutora Adriana Ramos de Mello, Universitat Autònoma de Barcelona – UAB, Espanha.

Doutor Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas, Brasil.

Doutor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Brasil.

Mestre Anderson de Paiva Gabriel, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Universitat de Barcelona – UB, Espanha.

Doutor Cassio Scarpinella Bueno, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Brasil.

Mestre Cesar Felipe Cury, Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Daniel Vianna Vargas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Pós-Doutora Edna Raquel dos Santos Hogemann, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Universidade do Estado de São Paulo – USP, Brasil.

Pós-Doutor Fredie Souza Didier Junior, Universidade de Lisboa – UL, Portugal.

Doutor Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Brasil.

Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Brasil.

Mestre José Guilherme Vasi Werner, Universidade Candido Mendes – UCAM, Brasil.

Doutora Larissa Pinho de Alencar Lima, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Brasil.

Pós-Doutor Lenio Luiz Streck, Universidade de Lisboa – UL, Portugal.

Mestre Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Luciano Vianna Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Brasil.

Mestre Luiz Roberto Ayoub, Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Rafael Estrela Nóbrega, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Mestre Rodrigo Borges Valadão, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, Brasil.

Doutor Sérgio Cavalieri Filho, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil.

Equipe Administrativa - EMERJ:

Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES: Elina Bussade dos Santos

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodré

Produção Gráfico-Editorial: Assessoria de Publicação Acadêmica - EMERJ

Responsável: Ébano Machel do Rosario Assis

Editor: EMERJ

Diagramação: Jaqueline Diniz (Programadora Visual)

Capa: Marcelo Melim

Foto: Marcelo Melim

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Clara Bastos e Sérgio Silveiras

- 9 | **Apresentação**
- 11 | **Os Três Papéis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas**
Luís Roberto Barroso
- 36 | **Rumo a um Processo Penal Democrático**
Rogério Schietti Cruz
- 55 | **Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics**
Dieter Grimm
- 72 | **“Doing Business” as a Purpose of Civil Justice? The Impact of World Bank Doing Business Indicators on the Reforms of Civil Justice Systems: Italy as a Case Study**
Remo Caponi
- 87 | **Jurisdição Constitucional e Constitucionalização da Pena de Prisão: Desenvolvendo Duas Propostas do Ministro Luís Roberto Barroso para Contenção do Hiperencarceramento Brasileiro**
Ademar Borges de Sousa Filho
- 121 | **O Controle Concentrado e Abstrato de Constitucionalidade e o Princípio da Não Surpresa e do Contraditório Substancial e o da Motivação Específica**
Ana Paula de Barcellos

- 137 | **Abuso de Autoridade: A Lei que Não Precisava!**
Caetano Ernesto da Fonseca Costa
- 146 | **Democracia, Política e Economia: a Reconciliação da
Democracia com o Crescimento Econômico**
Ciro Grynberg
- 169 | **Direito à Igualdade de Gênero: Uma Proposta de
Densificação do Art. 5º, I, da Constituição de 1988**
Cristina Telles
- 205 | **Filtros de Relevância no Direito Comparado:
como as Cortes Supremas Evitam a Banalização de
Precedentes**
Frederico Montedonio Rego
- 236 | **Ainda a Supremacia do Interesse Público**
Gustavo Binenbojm
- 241 | **A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o
Necessário Redimensionamento da Intervenção
Judicial na Resolução dos Conflitos na
Contemporaneidade**
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
- 272 | **Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional:
Transformações no Diagnóstico das Violações à
Constituição**
Jane Reis Gonçalves Pereira
Gabriel Accioly Gonçalves

Apresentação

Ao assumir a direção da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ¹, o Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade decidiu redimensionar os Fóruns Permanentes, criando alguns que levassem ao corpo discente e à comunidade jurídica um novo espaço de reflexão do Direito, pensado a partir de uma ótica visionária do porvir social que está logo adiante, a exigir do profissional ou operador do Direito um novo posicionamento crítico, afastado das amarras conservadoras, no mais das vezes intrínsecas ao conjunto normativo².

Assim o fez em razão de sua história na Academia, sendo o doutoramento recentemente obtido apenas um degrau a mais conquistado³.

Desse modo, não surpreendeu a decisão de marcar sua gestão, dentre outras realizações, com uma homenagem a um jurista especial, sempre presente na Escola e que está edificando, agora como julgador, modificação nos valores sociais, sem necessariamente fazê-los extinguir.

Sim. Uma sociedade com nova postura, e não uma extirpação dos valores já existentes. Mudar para permanecer poderia ser a titulação natural de uma obra dedicada ao homenageado.

A decisão do Diretor-Geral tinha algo bem direcionado e honrou a nós, os apresentadores desta obra, com a missão de realizar um evento histórico em homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso.

Missão espinhosa, mas agradavelmente realizada, considerada a vida acadêmica do homenageado, com certeza, das mais profícuas. Nesse sentido, é de se destacar a condição de Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ, de Mestre pela Yale Law School e Doutor e Livre-Docente também pela UERJ, sendo professor visitante em universidades estrangeiras, entre elas a Universidade de Poitiers, na França, e a Universidade Wroclaw, na Polônia e, entre nós, da Universidade de Brasília. Além disso, é autor

1 O Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, integrado por 180 desembargadores, elegeu o desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade para dirigir a EMERJ na gestão 2019/2021.

2 A exemplo, foram criados os Fóruns Permanentes de Culturas Jurídicas Comparadas; Diálogos e Debates Jurídicos; Direito, Arte e Cultura; Filosofia, Ética e Sistemas Jurídicos; Hermenêutica e Decisão; Política e Justiça Criminal; Transparência e Probidade Administrativa.

3 Tornou-se doutor pela Universidade Estácio de Sá- UNESA após aprovação da tese “Liberdade de expressão em tempos de cólera”, uma profunda análise sobre o problema decorrente do discurso de ódio, cuja publicação se avizinha.

de 30 obras publicadas, a mais pretérita datada de 1982, e de mais de duas centenas de artigos publicados em periódicos, de três dezenas de textos publicados em jornais e revistas, tendo integrado diversas bancas examinadoras e participado de inúmeros eventos, congressos, exposições e feiras e, o que deve ser realçado: a cada ano, honrado com as escolhas pelos alunos para ser paraninfo ou patrono das turmas de graduação em Direito.

Destarte, optou-se por repetir nesta edição especialíssima da Revista da EMERJ a mesma estrutura do evento presencial⁴, com artigos escritos por juristas que, de certa forma, são discípulos do homenageado e/ou participaram ou ainda participam de sua trajetória profissional desde os bancos acadêmicos na Faculdade de Direito da UERJ, passando pela atuação nas advocacias pública⁵ e privada, na vida acadêmica, e, agora, como magistrado no Supremo Tribunal Federal.

Esta revista não se faria completa caso lacunosa de trabalho de ministro de Corte Superior do país e, notadamente, de juristas estrangeiros, tudo a demonstrar o alcance da obra do homenageado, o qual, gentilmente, também colaborou com artigo.

É evidente que o Direito Constitucional permeia todos os artigos e não poderia assim não o ser, por óbvio.

Cumprе, assim, a EMERJ, mais uma vez, sua missão educacional, vocacionada ao descortino de romper fronteiras acadêmicas, contribuindo sobremaneira para o pensar o Direito, aberta a todas as reflexões. E o faz neste momento com merecida homenagem a quem já ingressou na Suprema Corte do Brasil com esplendorosa biografia, e não para fazê-la.

José Muiños Piñeiro Filho, Desembargador

Presidente do Fórum Permanente de Direito Penal e Processual Penal da EMERJ

Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Juiz de Direito

Coordenador Editorial da Revista da EMERJ

4 O evento, ocorrido em 29 de novembro de 2019 – data do lançamento desta edição especial da revista da EMERJ – foi estruturado em três painéis com apresentação de 12 juristas brasileiros; conferências dos ministros Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal e Herman Benjamin e Rogério Schiatti, do Superior Tribunal de Justiça, do ministro aposentado do Tribunal Constitucional Federal Alemão e professor da Universidade Humboldt de Berlim Dieter Grimm e do professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Nova York Samuel Issacharoff.

5 Em 1985, Luís Roberto Barroso foi aprovado em primeiro lugar no concurso para Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas

Luís Roberto Barroso

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito, Yale Law School (1989). Doutor em Direito, UERJ (1990). Visiting Scholar, Harvard Law School ((2011). Professor do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).

RESUMO: O presente trabalho tem por propósito principal discutir os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Procura demonstrar que essas cortes desempenham, além do papel contramajoritário tradicionalmente a elas reconhecido pela teoria constitucional, dois outros papéis: representativo e, esporadicamente, iluminista. Embora apresente diversos exemplos da experiência constitucional dos Estados Unidos, o texto procura analisar os papéis das supremas cortes e cortes constitucionais na perspectiva de um constitucionalismo global, trabalhando com categorias que se tornaram correntes nas principais democracias do mundo.

NOTA PRÉVIA

Sou imensamente grato ao Tribunal de Justiça e à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro pela organização de um seminário em minha homenagem e pela produção deste volume com contribuições dos participantes do evento. Sou particularmente agradecido aos meus amigos José Muiños Piñeiro Filho e André Gustavo de Andrade. Piñeiro foi meu colega de turma, de peladas de futebol, de edição de um jornal

acadêmico e de muitas outras jornadas. Já André, conheci-o quando eu era advogado e ele um jovem juiz que despontava para uma carreira fulgurante, marcada pela integridade e pelo talento invulgar. Este livro, portanto, é, em grande medida, a celebração da amizade antiga e desinteressada que nos une fraternalmente.

Agradeço, também, aos inúmeros ex-alunos, colegas professores e visitantes estrangeiros que me deram a honra de participar do seminário que deu origem a este livro. Gosto de brincar que homenagem boa é assim quando a gente está vivo e pode desfrutá-la e compartilhar com pessoas queridas. A vida, aliás, me deu o privilégio de ter entre meus alunos alguns dos maiores publicistas contemporâneos, que generosamente me permitem pegar carona no sucesso deles. Se em algum momento pude ensinar-lhes algo, hoje aprendo com eles.

Também participam deste volume inúmeros ex-assessores meus no Supremo Tribunal Federal, que me ajudaram a viver muitas vidas em uma só. E dois Ministros de tribunais superiores: meu amigo de toda vida, Carlos Ayres Britto, que fez história no Supremo, e Rogério Schietti, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que aprendi a admirar e a querer bem pela qualidade do seu trabalho e pelas virtudes do seu temperamento. E, por fim, Dieter Grimm, um dos maiores juristas contemporâneos, ex-juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que atravessou o oceano para prestigiar o evento; e Sam Issacharoff, da Universidade de Nova York, cuja escrita fácil faz parecer simples algumas das mais intrincadas questões jurídicas do nosso tempo, da jurisdição constitucional ao populismo que põe em risco a democracia.

O que vale a vida são os nossos afetos. A todos os que me proporcionaram a alegria imensa do seminário e deste volume, minha eterna gratidão.

I. INTRODUÇÃO

O presente texto é uma versão reduzida e adaptada de um texto mais amplo, intitulado *Contramajoritário, representativo e iluminista: o papel das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas*, publicado no meu livro intitulado UM OUTRO PAÍS, publicado no início de 2018.

II. OS PAPEIS DESEMPENHADOS PELAS SUPREMAS CORTES E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

A missão institucional das supremas cortes e tribunais constitucionais é fazer valer a Constituição diante de ameaças oferecidas pelos outros Poderes ou mesmo por particulares. Na rotina da vida, a situação mais corriqueira se dá quando determinada lei, isto é, um ato do Poder Legislativo, é questionado em face do texto constitucional. Na grande maioria dos casos, ao exercer o controle de constitucionalidade, as cortes constitucionais mantêm a legislação impugnada, julgando improcedente o pedido. Isto se deve à primazia que a Constituição deu ao Legislativo para a tomada de decisões políticas e à deferência que os tribunais devem aos atos dos outros ramos do governo, em nome do princípio da separação de Poderes. Como consequência, uma quantidade relativamente pequena de leis é declarada inconstitucional.

É oportuna aqui a observação de que nos Estados Unidos a *judicial review* é um conceito que, como regra geral, se restringe à possibilidade de uma corte de justiça, e particularmente a Suprema Corte, declarar uma lei (ou ato do Executivo) inconstitucional. Em outros países, sobretudo os de Constituições mais analíticas, como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Brasil, a *jurisdição constitucional*, termo mais comumente utilizado, abriga um conceito mais abrangente, que inclui outros comportamentos dos tribunais, diferentes da pura invalidação de atos legislativos. Essas outras atuações alternativas dos tribunais podem incluir: (i) a aplicação direta da Constituição a determinadas situações, com atribuição de sentido a determinada cláusula constitucional;¹ (ii) a interpretação conforme a Constituição, técnica que importa na exclusão de determinado sentido possível de uma norma, porque incompatível com a Constituição, e na afirmação de uma interpretação alternativa, essa sim em harmonia com o texto constitucional;² e (iii) a criação temporária de normas para sanar hipóteses conhecidas como de *inconstitucionalidade por omissão*, que ocorrem

1 Por exemplo: a liberdade de expressão protege a divulgação de fatos verdadeiros, não podendo ser afastada pela invocação do chamado direito ao esquecimento.

2 Por exemplo: é legítima a reserva de vaga de um percentual de cargos públicos para negros, desde que sejam aprovados em concurso público, preenchendo os requisitos mínimos estabelecidos.

quando determinada norma constitucional depende de regulamentação por lei, mas o Legislativo se queda inerte, deixando de editá-la.³

São três os papéis desempenhados pelas supremas cortes e tribunais constitucionais quando acolhem o pedido e interferem com atos praticados pelo Poder Legislativo. O primeiro deles é o papel *contramajoritário*, que constitui um dos temas mais estudados pela teoria constitucional dos diferentes países. Em segundo lugar, cortes constitucionais desempenham, por vezes, um papel *representativo*, atuação que é largamente ignorada pela doutrina em geral, que não parece ter se dado conta da sua existência. Por fim, e em terceiro lugar, supremas cortes e tribunais constitucionais podem exercer, em certos contextos limitados e específicos, um papel *iluminista*. Nos Estados Unidos, como a jurisdição constitucional é sempre vista em termos de *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis), o acolhimento do pedido envolverá, como regra, a invalidação da norma e, conseqüentemente, de acordo com a terminologia usual, uma atuação *contramajoritária*. Como se verá um pouco mais à frente, esse papel *contramajoritário* poderá – ou não – vir cumulado com uma dimensão *representativa* ou *iluminista*.

1. O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO

Supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento. Essa possibilidade, que já havia sido aventada nos *Federalist Papers* por Alexander Hamilton,⁴ teve como primeiro marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte americana em *Marbury v. Madison*, julgado em 1803.⁵ Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepôr a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes po-

³ Por exemplo: até que o Congresso aprove lei disciplinando a greve de servidores públicos, como prevê a Constituição, será ela regida pela lei que disciplina a greve no setor privado.

⁴ V. *Federalist* n° 78: “A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law. It, therefore, belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents”.

⁵ 5 U.S. 137 (1803).

líticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária”⁶.

A despeito de resistências teóricas pontuais⁷, esse papel contra-majoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política⁸, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos⁹. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias¹⁰. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais. A imagem frequentemente utilizada para justificar a legitimidade da jurisdição constitucional é extraída do Canto XIV da Odisseia, de Homero: para evitar a tentação do canto das sereias, que levava as embarcações a se chocarem contra os recifes, Ulysses mandou colocar cera nos ouvidos dos marinheiros que remavam e fez-se amarrar ao mastro da embarcação¹¹. Sempre me fascinou o fato de que ele evitou o risco sem se privar do prazer.

6 A expressão se tornou clássica a partir da obra de Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962.

7 E.g., Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal* 115:1346, 2006; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 2000; e Larry Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, 2004.

8 A equiparação entre direitos humanos e reserva mínima de justiça é feita por Robert Alexy em diversos de seus trabalhos. V., e.g., *La institucionalización de la justicia*, 2005, p. 76.

9 Para esta visão processualista do papel da jurisdição constitucional, v. John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980.

10 A expressão foi utilizada por John Stuart Mill, *On Liberty*, 1874, p. 13: “A tirania da maioria é agora geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa ser protegida (...)”.

11 V., e.g., John Elster, *Ulysses and the sirens*, 1979.

Um desses valores fundamentais é o direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração¹², isto é, a ser tratado com a mesma dignidade dos demais – o que inclui ter os seus interesses e opiniões levados em conta. A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política¹³. Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas¹⁴ é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios¹⁵ – isto é, de valores constitucionais, e não de política – e de razão pública – isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate¹⁶. Seus membros não dependem do processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que a suportem.

Esse papel contramajoritário é normalmente exercido pelas supremas cortes com razoável parcimônia. De fato, nas situações em que não estejam em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, a Corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador e a razoável discricionariedade do administrador. Nos Estados

12 Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 181. A primeira edição é de 1977.

13 V. Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*, tese de doutorado, UERJ, mimeografada, 2014, p. 84.

14 A expressão consta do título do livro de Antoine Garapon, *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, 1999.

15 V. Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985, p. 69-71. “O controle de constitucionalidade judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão apresentadas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político. Essa é uma transformação que não poderá jamais ser integralmente bem-sucedida apenas no âmbito do Legislativo”.

16 John Rawls, *Political liberalism*, 1996, p. 212 e s., especialmente p. 231-40. Nas suas próprias palavras: “(A razão pública) se aplica também, e de forma especial, ao Judiciário e, acima de tudo, à suprema corte, onde haja uma democracia constitucional com controle de constitucionalidade. Isso porque os Ministros têm que explicar e justificar suas decisões, baseadas na sua compreensão da Constituição e das leis e precedentes relevantes. Como os atos do Legislativo e do Executivo não precisam ser justificados dessa forma, o papel especial da Corte a torna um caso exemplar de razão pública”. Para uma crítica da visão de Rawls, v. Jeremy Waldron, Public reason and ‘justification’ in the courtroom, *Journal of Law, Philosophy and Culture* 1:108, 2007.

Unidos, por exemplo, segundo dados de 2012, em pouco mais de 220 anos houve apenas 167 decisões declaratórias da inconstitucionalidade de atos do Congresso¹⁷. É interessante observar que, embora o período da Corte Warren (1953-1969) seja considerado um dos mais ativistas da história americana, diversos autores apontam para o fato de que sob a presidência de William Rehnquist (1986-2005) houve intenso ativismo de índole conservadora, tendo como protagonistas os *Justices* Antonin Scalia, indicado por Ronald Reagan, e Clarence Thomas, indicado por George W. Bush¹⁸. Seja como for, o ponto que se quer aqui destacar é que tanto nos Estados Unidos, como em outros países, a invalidação de atos emanados do Legislativo é a exceção, e não a regra.

2. O PAPEL REPRESENTATIVO

A democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões, o que dá a ela três dimensões: representativa, constitucional e deliberativa. A *democracia representativa* tem como elemento essencial o *voto popular* e como protagonistas institucionais o Congresso e o Presidente, eleitos por sufrágio universal. A *democracia constitucional* tem como componente nuclear o respeito aos direitos fundamentais, que devem ser garantidos inclusive contra a vontade eventual das maiorias políticas. O árbitro final das tensões entre vontade da maioria e direitos fundamentais e, portanto, protagonista institucional dessa dimensão da democracia, é a Suprema Corte. Por fim, a *democracia deliberativa*¹⁹ tem como seu componente essencial o oferecimento de *razões*, a discussão de ideias, a troca de argumentos. A democracia já não

17 V. Kenneth Jost, *The Supreme Court from A to Z*, 2012, p. xx. Um número bem maior de leis estaduais e locais foi invalidado, superior a 1200, segundo o mesmo autor. Na Alemanha, apenas cerca de 5% das leis federais foram invalidadas. C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, 1995, p. 308.

18 Nesse sentido, apontando o fato de que juízes conservadores também atuam proativamente, a despeito da retórica de autorenúncia, v. Frank B. Cross and Stephanie A. Lindquist, The scientific study of judicial activism. *Minnesota Law Review* 91:1752, 2007, p. 1755: “Para alguns Ministros que professam a autocontenção, as evidências sugerem que em alguns casos sua jurisprudência coerentemente espelham a sua retórica (como o *Justice* Rehnquist). No entanto, para outros (*Justices* Scalia e Thomas), as evidências não confirmam suas posições retóricas acerca do ativismo judicial; estes Ministros não costumam demonstrar uma abordagem de autocontenção. Em verdade, nos anos mais recentes (1994-2004), o que se tem verificado é que o comportamentos dos juízes mais conservadores reflete uma orientação relativamente ativista, ainda que em grau menor do que os liberais da Corte Warren”. V. tb. Paul Gewirtz e Chad Golder, So who are the activists? *New York Times*, op-ed, 6 jul. 2005.

19 A ideia de democracia deliberativa tem como precursores autores como John Rawls, com sua ênfase na razão, e Jürgen Habermas, com sua ênfase na comunicação humana. Sobre democracia deliberativa, v., entre muitos, em língua inglesa, Amy Gutmann e Dennis Thompson, *Why deliberative democracy?*, 2004; em português, Cláudio Pereira de Souza Neto, *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2006.

se limita ao momento do voto periódico, mas é feita de um debate público contínuo que deve acompanhar as decisões políticas relevantes. O protagonista da democracia deliberativa é a sociedade civil, em suas diferentes instâncias, que incluem o movimento social, imprensa, universidades, sindicatos, associações e cidadãos comuns. Embora o oferecimento de razões também possa ser associado aos Poderes Legislativo²⁰ e Executivo, o fato é que eles são, essencialmente, o *locus* da vontade, da decisão política. No universo do oferecimento de razões, merecem destaque os órgãos do Poder Judiciário: a motivação e a argumentação constituem matéria prima da sua atuação e fatores de legitimação das decisões judiciais. Por isso, não deve causar estranheza que a Suprema Corte, por exceção e nunca como regra geral, funcione como intérprete do sentimento social. Em suma: o voto, embora imprescindível, não é a fonte exclusiva da democracia e, em certos casos, pode não ser suficiente para concretizá-la.

À luz do que se vem de afirmar, é fora de dúvida que o modelo tradicional de separação de Poderes, concebido no século XIX e que sobreviveu ao século XX, já não dá conta de justificar, em toda a extensão, a estrutura e funcionamento do constitucionalismo contemporâneo. Para utilizar um lugar comum, parodiando Antonio Gramsci, vivemos um momento em que o velho já morreu e novo ainda não nasceu²¹. A doutrina da dificuldade contramajoritária, estudada anteriormente, assenta-se na premissa de que as decisões dos órgãos eletivos, como o Congresso Nacional, seriam sempre expressão da vontade majoritária. E que, ao revés, as decisões proferidas por uma corte suprema, cujos membros não são eleitos, jamais seriam. Qualquer estudo empírico desacreditaria as duas proposições.

Por numerosas razões, o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria²². De fato, há muitas décadas, em todo o mundo democrático, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das

20 V. Ana Paula de Barcellos, *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa, 2016.

21 Antonio Gramsci, *Cadernos do Cárcere*, 1926-1937. Disponível, na versão em espanhol, em <http://pt.scribd.com/doc/63460598/Gramsci-Antonio-Cuadernos-de-La-Carcel-Tomo-1-OCR>: "A crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo não pode nascer. Nesse interregno, uma grande variedade de sintomas mórbidos aparecem". V. tb., entrevista do sociólogo Zigmunt Bauman, disponível em <http://www.uhu.unisinos.br/noticias/24025-%60%60o-velho-mundo-esta-morrendo-mas-o-novo-ainda-nao-nasceu%60%60-entrevista-com-zigmunt-bauman>.

22 Sobre o tema, v. Corinna Barret Lain, *Upside-down judicial review*, *The Georgetown Law Review* 101:113, 2012-2103. V. tb. Michael J. Klarman, *The majoritarian judicial review: the entrenchment problem*, *The Georgetown Law Journal* 85:49, 1996-1997.

dificuldades da representação política. Da Escandinávia às Américas, um misto de ceticismo, indiferença e insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política. Nos países em que o voto não é obrigatório, os índices de abstenção revelam o desinteresse geral. Em países de voto obrigatório, um percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Há problemas associados (i) a falhas do sistema eleitoral e partidário, (ii) às minorias partidárias que funcionam como *veto players*²³, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar e (iii) à captura eventual por interesses especiais. A doutrina, que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o déficit democrático da representação política²⁴.

Esta crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos gerou, como primeira consequência, em diferentes partes do mundo, um fortalecimento do Poder Executivo²⁵. Nos últimos anos, porém, em muitos países, tem-se verificado uma expansão do Poder Judiciário e, notadamente, das supremas cortes. Nos Estados Unidos, esse processo teve mais visibilidade durante o período da Corte Warren, mas a verdade é que nunca refluíu inteiramente. Apenas houve uma mudança de equilíbrio entre liberais e conservadores. O ponto aqui enfatizado é que, em certos contextos, por paradoxal que pareça, cortes acabem sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. Algumas razões contribuem para isso. A primeira delas é o modo como juízes são indicados. Em diversos países, a seleção se dá por concurso público, com ênfase, portanto, na qualificação técnica, sem in-

23 *Veto players* são atores individuais ou coletivos com capacidade de parar o jogo ou impedir o avanço de uma agenda. Para um estudo aprofundado do tema, v. George Tsebelis, *Veto players: how political institutions work*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002. Em língua portuguesa, v. Pedro Abramovay, *Separação de Poderes e medidas provisórias*, 2012, p. 44 e s.

24 V., e.g., Mark A. Graber, The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order, *Annual Review of Law and Social Science* 4:361-62 (2008). Em meu texto *Neonstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, *Revista de Direito Administrativo* 240:1, 2005, p. 41, escrevi: “Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação”.

25 Esta concentração de poderes no Executivo se deu até mesmo em democracias tradicionais e consolidadas, do que é exemplo a Constituição da 5ª República francesa, que retirou poderes da Assembleia Nacional e transferiu para um presidente eleito. V. C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, 1995, p. 519.

fluência política. Porém, mesmo nos Estados Unidos, onde a escolha tem uma clara dimensão política, há um mínimo de qualificação profissional que funciona como pressuposto das indicações.

Uma outra razão é a vitaliciedade, que faz com que juízes não estejam sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral. Ademais, juízes não atuam por iniciativa própria: dependem de provocação das partes e não podem decidir além do que foi pedido. E finalmente, mas não menos importante, decisões judiciais precisam ser motivadas. Isso significa que, para serem válidas, jamais poderão ser um ato de pura vontade discricionária: a ordem jurídica impõe ao juiz de qualquer grau o dever de apresentar razões, isto é, os fundamentos e argumentos do seu raciocínio e convencimento. Convém aprofundar um pouco mais este último ponto. Em uma visão tradicional e puramente majoritária da democracia, ela se resumiria a uma *legitimação eleitoral* do poder. Por esse critério, o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como democráticos, ao menos no momento em que se instalaram no poder e pelo período em que tiveram apoio da maioria da população. Mas a legitimidade não se mede apenas no momento da investidura, mas também pelos meios empregados no exercício do poder e os fins a que ele visa.

Cabe aqui retomar a ideia de democracia deliberativa, que se funda, precisamente, em uma *legitimação discursiva*: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as *razões* das opções feitas. Por isso se ter afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea inclui votos e argumentos²⁶. Um *insight* importante nesse domínio é fornecido pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, que se refere à corte constitucional como *representante argumentativo da sociedade*. Segundo ele, a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como uma representação popular. Pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. O constitucionalismo democrático possui uma legitimação discursiva, que é um projeto de institucionalização da razão e da correção²⁷.

26 Para o aprofundamento dessa discussão acerca de legitimação eleitoral e discursiva, v. Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*, mimeografado, 2014, p. 64-86.

27 V. Robert Alexy, Balancing, constitutional review, and representation, *International Journal of Constitutional Law* 3:572, 2005, p. 578 e s.

Cabe fazer duas observações adicionais. A primeira delas é de caráter terminológico. Se se admite a tese de que os órgãos representativos podem não refletir a vontade majoritária, decisão judicial que infirme um ato do Congresso pode não ser contramajoritária. O que ela será, invariavelmente, é contralegislativa, ou contracongressual ou contraparlamentar. A segunda observação é que o fato de não estarem sujeitas a certas vicissitudes que acometem os dois ramos políticos dos Poderes não é, naturalmente, garantia de que as supremas cortes se inclinarão em favor das posições majoritárias da sociedade. A verdade, no entanto, é que uma observação atenta da realidade revela que é isso mesmo o que acontece. Nos Estados Unidos, décadas de estudos empíricos demonstram o ponto²⁸.

A esse propósito, é bem de ver que algumas decisões emblemáticas da Suprema Corte americana tiveram uma dimensão claramente representativa a legitimá-las. Uma delas foi *Griswold v. Connecticut*,²⁹ proferida em 1965, que considerou inconstitucional lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos mesmo por casais casados. Ao reconhecer um *direito de privacidade* que não vinha expresso na Constituição, mas podia ser extraído das “penumbras” e “emanações” de outros direitos constitucionais, a Corte parece ter tido uma atuação que expressava o sentimento majoritário da época. Assim, embora a terminologia tradicional rotule essa decisão como contramajoritária – na medida em que invalidou uma lei estadual (o *Connecticut Comstock Act*, de 1879) –, ela era, seguramente, *contra-legislativa*, mas provavelmente não contramajoritária. Embora não haja dados totalmente seguros nem pesquisas de opinião do período, é possível intuir que a lei não expressava o sentimento majoritário em meados da década de 60³⁰ – cenário da revolução sexual e do movimento feminista –, de modo que a decisão foi, na verdade, *representativa*.

28 Corinna Barret Lain, Upside-down judicial review, *The Georgetown Law Review* 101:113, 2012-2103, p. 158. V. tb. Robert A. Dahl, Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker, *Journal of Public Law* 6: 279, 1957, p. 285; e Jeffrey Rosen, *The most democratic branch: how the courts serve America*, 2006, p. xii: “Longe de proteger as minorias contra a tirania das maiorias ou contrabalançar a vontade do povo, os tribunais, ao longo da maior parte da história americana, têm se inclinado por refletir a visão constitucional das maiorias”. V. tb. Robert McCloskey, *The American Supreme Court*, 1994, p. 209: “We might come closer to the truth if we said that the judges have often agreed with the main current of public sentiment because they were themselves part of that current, and not because they feared to disagree with it.”

29 381 U.S. 479 (1965)

30 V. Jill Lepore, To have and to hold: reproduction, marriage, and the Constitution. *The New Yorker Magazine*, 25 mai. 2015: “Banir contraceptivos numa época em que a esmagadora maioria dos americanos os utilizava era, evidentemente, ridículo”. (“*Banning contraception at a time when the overwhelming majority of Americans used it was, of course, ridiculous*”). A decisão em *Griswold* veio a ser estendida em *Eisenstadt v. Baird*, julgado em 1972, aos casais não casados.

Outro exemplo de atuação representativa da Suprema Corte americana foi a decisão em *Lawrence v. Texas*,³¹ de 2003, invalidando lei do Estado do Texas que criminalizava relações íntimas entre homossexuais. Ao reverter julgado anterior, no caso *Bowers v. Hardwick*,³² o acórdão lavrado pelo Justice Anthony Kennedy assentou que os recorrentes tinham direito ao respeito à sua vida privada e que, sob a cláusula do devido processo legal substantivo da 14ª Emenda, tinham protegida a sua liberdade de manter relações sexuais consentidas. Embora grupos religiosos tenham expressado veemente opinião contrária,³³ parece fora de questão que a maioria da população americana – e mesmo, provavelmente, do próprio Estado do Texas – não considerava legítimo tratar relações homossexuais como crime. De modo que também aqui, embora rotulada de contramajoritária, a decisão do Tribunal foi mesmo é contralegislativa. Mas certamente representativa de uma maioria que, já nos anos 2000, se tornara tolerante em relação à orientação sexual das pessoas.

No Brasil, coube à jurisdição constitucional uma série de decisões apoiadas pela maioria da população que não tiveram acolhida na política majoritária. Esse foi o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da proibição de contratar cônjuge, companheiro ou parentes para o exercício de funções de confiança e de cargos públicos na estrutura do Poder Judiciário (nepotismo)³⁴, proibição que foi, posteriormente, estendida pela jurisprudência do Tribunal para os Poderes Executivo e Legislativo³⁵. Na mesma linha, a Corte declarou a inconstitucionalidade do financiamento privado das campanhas eleitorais, por ter verificado que, como estava estruturado, tal financiamento reforçava a influência do poder econômico sobre o resultado das eleições e distorcia o

31 539 U.S. 558 (2003).

32 478 U.S. 186 (1986).

33 V. Carpenter Dale, *Flagrant conduct: the story of Lawrence v. Texas: how a bedroom arrest decriminalized gay Americans*, 2012, p. 268.

34 STF, Pleno, ADC 12, rel. Min. Ayres Britto, DJe, 18.12.2009.

35 STF, Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

sistema representativo³⁶. Em outro caso importante, afirmou a possibilidade de prisão, após a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância, mesmo quando ainda cabíveis recursos especial e extraordinário para os tribunais superiores³⁷. Os três julgados contaram com amplo apoio popular e representam mudanças que poderiam ter sido promovidas no âmbito da política majoritária, mas não foram³⁸.

A função representativa das cortes pode ser constatada também em outras ordens constitucionais. A título de ilustração, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu o direito à água como direito fundamental de todos os cidadãos colombianos. Atribuiu ao Estado o dever de assegurar seu fornecimento em quantidade e qualidade adequadas. Além disso, determinou que os cidadãos hipossuficientes fazem jus ao volume mínimo de 50 litros de água ao dia, ainda que não possam custeá-lo³⁹. No Quênia⁴⁰, recente decisão da Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de ar-

36 STF, Pleno, ADI 4650, rel. Min. Luiz Fux, Pleno, *DJe*, 24 fev. 2016.

37 STF, Pleno, HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016, *DJe*, 07.02.2017; ADCs 43 e 44 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.10.2016.

38 A confirmação da vedação ao nepotismo foi considerada uma “vitória da sociedade” pelo então presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=&id_noticia=2322>, acesso em 31 mar. 2017. Manifestações semelhantes foram veiculadas no portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115820>>, acesso em 31 mar. 2017. No que respeita ao financiamento privado de campanha, pesquisa de opinião demonstrou que 74% da população eram contra tal modalidade de financiamento e que 79% estavam convictos de que ele estimulava a corrupção. SOUZA, André. Datafolha: Três em cada quatro brasileiros são contra o financiamento de campanha por empresas privadas. *O Globo*, Rio de Janeiro, 06 jul. 2015. Disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/datafolha-tres-em-cada-quatro-brasileiros-sao-contra-financiamento-de-campanha-por-empresas-privadas-16672767>. Acesso em 05 ago. 2015. Por fim, a decisão que reconheceu a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória rendeu acusações ao STF de que o tribunal estaria se curvando à opinião pública. VASCONCELLOS, LUCHETE e GRILLO. Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena. *Conjur*, 17 fev. 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opinio-publica-antecipar-pena>. Acesso em 21 mar. 2017.

39 O direito fundamental à água é objeto de diversas decisões proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia, tais como T-578/1992, T-140/1994, T-207/1995. A sentença T-740/2011 produz uma consolidação da matéria, relacionando tal direito aos direitos à dignidade, à vida e à saúde. No caso, a entidade prestadora do serviço de fornecimento de água potável havia suspenso o serviço em virtude do não pagamento das tarifas devidas por uma usuária. A Corte entendeu ilegítima a suspensão, por se tratar de usuária hipossuficiente, e determinou à entidade: (i) o restabelecimento do fornecimento; e (ii) a revisão das cobranças, com base na capacidade econômica da beneficiária, a fim de possibilitar o adimplemento das prestações. Em caso de impossibilidade de pagamento, a Corte estabeleceu, ainda, como mencionado acima, (iii) a obrigação da entidade de fornecer, ao menos, 50 litros de água ao dia, por pessoa, ou de disponibilizar uma fonte pública de água que assegure a mesma quantidade do recurso.

40 A Constituição do Quênia, promulgada em 2010, tem sido considerada como responsável por notáveis progressos no que diz respeito à efetivação de direitos fundamentais e combate à corrupção. O país também contou com a boa sorte de ter um Chief Justice transformador. Ndung'u Wainaina “Only Judiciary Can Save This Country.” *The Nairobi Law Monthly*, February 4, 2015. Available at <http://nairobilawmonthly.com/index.php/2015/02/04/only-judiciary-can-save-this-country/>

tigo do Código Penal que criminalizava a difamação, com pena de até dois anos de prisão⁴¹. A decisão foi tida como um relevante avanço na proteção da liberdade de expressão dos quenianos, já que a disposição penal era frequentemente utilizada por políticos e autoridades públicas para silenciar críticas e denúncias de corrupção veiculadas por jornalistas ou mesmo por cidadãos comuns. No Canadá, a Suprema Corte reconheceu, em 1988, o direito fundamental ao aborto, invalidando dispositivo do Código Penal que criminalizava o procedimento⁴². Seu caráter representativo é evidenciado por pesquisas de opinião que apontavam que, já em 1982 (*i.e.*, 6 anos antes da decisão), mais de 75% da população canadense entendia que o aborto era uma questão de escolha pessoal da mulher⁴³.

3. O PAPEL ILUMINISTA

Além do papel representativo, descrito no tópico anterior, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, um papel iluminista. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade⁴⁴. A abolição da escravidão ou a proteção de mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas, por exemplo, nem sempre pôde ser feita adequadamente pelos mecanismos tradicionais de canalização de reivindicações sociais. A seguir, breve justificativa do emprego do termo *iluminista* no contexto aqui retratado.

41 Corte Superior do Kenya, *Jacqueline Okuta & another v. Attorney General & 2 others* [2017] eKLR, Disponível em: <<http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/130781/>>.

42 Suprema Corte do Canadá, *Morgentaler, Smoling and Scott v. The Queen*, [1988] 1 S.C.R. 30. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1053/index.do>>.

43 Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1982/12/13/world/canadian-doctor-campaigns-for-national-abortion-clinics.html>>

44 Contra a ideia de que Cortes possam atuar como instrumento da razão, v. Steven D. Smith, *Judicial activism and "reason"*. In Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre e Steven D. Smith (eds.), *Judicial activism: an interdisciplinary approach to the American and European Experiences*, 2015, p. 30: "And thus judicial discourse, once it is detached from the mundane conventions of reading texts and precedents in accordance with their natural or commonsensical meanings, loftily aspires to be the realization of "reason" but instead ends up degenerating into a discourse of mean-spirited denigration". O texto manifesta grande inconformismo contra a decisão da Suprema Corte em *United States v. Windsor* (133 S. Ct. 1675, 2013), que considerou inconstitucional a seção do *Defense of Marriage Act (DOMA)* que limitava o casamento à união entre homem e mulher.

Iluminismo designa um abrangente movimento filosófico que revolucionou o mundo das ideias ao longo do século XVIII⁴⁵. As *Lumières*, na França, o *Enlightment*, na Inglaterra, o *Iluminismo* na Itália ou *Aufklärung*, na Alemanha, foram o ponto culminante de um ciclo histórico iniciado com o Renascimento, no século XIV, e que teve como marcos a Reforma Protestante, a formação dos Estados nacionais, a chegada dos europeus à América e a Revolução Científica. A *razão* passa para o centro do sistema de pensamento, dissociando-se da fé e dos dogmas da teologia cristã. Nesse ambiente, cresce o ideal de conhecimento e de liberdade, com a difusão de valores como a limitação do poder, a tolerância religiosa, a existência de direitos naturais inalienáveis e o emprego do método científico, entre outros. Estava aberto o caminho para as revoluções liberais, que viriam logo adiante, e para a democracia, que viria bem mais à frente, já na virada do século XX. Historicamente, portanto, o Iluminismo é uma ideia associada à razão humanista, a direitos inalienáveis da condição humana, à tolerância, ao conhecimento científico, à separação entre Estado e religião e ao avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas.

É nesse sentido que o termo é empregado neste tópico: o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. Para espancar qualquer maledicência quanto a uma visão autoritária ou aristocrática da vida, Iluminismo, no presente contexto, não guarda qualquer semelhança com uma postura análoga ao *despotismo esclarecido*⁴⁶ ou aos *reis filósofos* de Platão.⁴⁷ A analogia mais próxima, eventualmente, seria com uma

45 Além da *Encyclopédie*, com seus 35 volumes, coordenada por Diderot e D’Alambert e publicada entre 1751 a 1772, foram autores e obras marcantes do Iluminismo: Montesquieu, *O espírito das leis* (1748); Jean-Jacques Rousseau, *Discurso sobre a desigualdade* (1754) e *O contrato social* (1762); Voltaire, *Dicionário filosófico* (1764); Immanuel Kant, *O que é Iluminismo* (1784); John Locke, *Dois tratados de governo*, (1689); David Hume, *Tratado sobre a natureza humana* (1739); Adam Smith, *A riqueza das nações* (1776) e Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas* (1764), em meio a outros.

46 A expressão se refere aos monarcas absolutos que, na segunda metade do século XVIII, procuraram incorporar ao seu governo algumas ideias advindas do Iluminismo, distinguindo-se, assim, do modelo tradicional. A ideia de contrato social começa a superar a de direito divino dos reis, mas o poder remanesceria com o monarca, que teria maior capacidade de determinar e de realizar o melhor interesse dos seus súditos. Exemplos frequentemente citados são os de Frederico, o Grande, que governou a Prússia de 1740 a 1786; Catarina II, imperatriz da Rússia de 1762 a 1796; e José II, de Habsburgo, imperador do Sacro Império Romano-Germânico. Também se inclui nesta lista o Marquês de Pombal, primeiro-ministro de Portugal de 1750 a 1777. V. o verbete *Enlightened despotism*, in *ENCYCLOPEDIA OF THE ENLIGHTENMENT* (Alan Charles Kors ed., Oxford University Press, 2005).

47 V. Platão, *A República*, 2015 (a edição original é de cerca de 380 a.C), Livro VI. Na sociedade ideal e justa, cujo delineamento procurou traçar nesta obra, Platão defendeu a ideia de que o governo deveria ser conduzido por reis-filósofos, escolhidos com base na virtude e no conhecimento. No comentário de Fredeick Copleston, *A history of Philosophy*, v. I, 1993, p. 230: “O princípio democrático de governo é, de acordo com Platão, absurdo: o governante deve governar em virtude do conhecimento, e este conhecimento há de ser o conhecimento da verdade”.

tradição filosófica que vem de Tomás de Aquino, Hegel e Kant de que a história é um fluxo contínuo na direção do bem e do aprimoramento da condição humana⁴⁸. A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos. As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.

Retomando os exemplos esboçados acima. Houve tempos, no processo de evolução social, em que (i) a escravidão era natural; (ii) mulheres eram propriedade dos maridos; (iii) negros não eram cidadãos; (iv) judeus eram hereges; (v) deficientes eram sacrificados; e (vi) homossexuais eram mortos⁴⁹. Mas a história da humanidade é a história da superação dos preconceitos, do obscurantismo, das superstições, das visões primitivas que excluem o outro, o estrangeiro, o diferente. Ao longo dos séculos, ao lado da vontade do monarca, da vontade da nação ou da vontade das majorias, desenvolveu-se uma razão humanista que foi abrindo caminhos, iluminando a escuridão, empurrando a história. Desde a antiguidade, com Atenas, Roma e Jerusalém, o Direito “sempre foi encontrado na interseção entre história, razão e vontade”⁵⁰.

Com a limitação do poder e a democratização do Estado e da sociedade, procurou-se abrigar a vontade majoritária e a razão iluminista dentro de um mesmo documento, que é a Constituição. O poder dominante, como regra geral, emana da vontade majoritária e das instituições através das quais ela se manifesta, que são o Legislativo e o Executivo. Vez por outra, no entanto, é preciso acender luzes na escuridão, submeter a vontade à razão. Nesses momentos raros, mas decisivos, as cortes constitucionais podem precisar ser os agentes da história. Não é uma missão fácil nem de sucesso garantido, como demonstram alguns exemplos da própria experiência americana.

48 Sobre o ponto, v. o notável artigo de Paulo Barrozo, *The great alliance: history, reason, and will in modern law*, *Law and Contemporary Problems* 78:235, 2015, p. 257-258.

49 Durante a Inquisição, homossexuais foram condenados à morte na fogueira. V. o verbete *Death by burning*, in *Wikipedia*, https://en.wikipedia.org/wiki/Death_by_burning: “Na Espanha, os primeiros registros de execuções pelo crime de sodomia são dos séculos 13 e 14, e é importante observar que o modo preferido de execução era a morte na fogueira”.

50 V. Paulo Barrozo, *The great alliance: history, reason, and will in modern law*, *Law and Contemporary Problems* 78:235, 2015, p. 270.

*Brown v. Board of Education*⁵¹, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1954, é o exemplo paradigmático de decisão iluminista, pelo enfrentamento aberto do racismo então dominante no Congresso e na sociedade⁵². Em decisão unânime articulada pelo novo *Chief Justice*, Earl Warren, nomeado por Eisenhower, a Corte considerou que “havia uma intrínseca desigualdade na imposição de escolas separadas para negros e brancos” (“*separate educational facilities are inherently unequal*”), em violação à 14ª Emenda à Constituição americana, que impõe a igualdade perante a lei. A decisão enfatizou a importância da educação nas sociedades modernas e afirmou que a segregação trazia para as crianças negras “um sentimento de inferioridade quanto ao seu *status* na comunidade”. E, baseando-se em estudos de ciências sociais, concluiu que a segregação trazia significativas desvantagens psicológicas e sociais para as crianças negras⁵³. O caráter iluminista do julgado se manifestou na superação do senso comum majoritário – que escondia o preconceito por trás da doutrina do “separados, mas iguais”⁵⁴ – e na consequente mudança de paradigma em matéria racial, tendo funcionado como um catalisador do moderno movimento pelos direitos civis⁵⁵. As reações do *status quo* vieram de formas diversas: resis-

51 347 U.S. 483 (1954). O julgamento de *Brown* foi, na verdade, a reunião de cinco casos diversos, originários de diferentes estados: *Brown* propriamente dito, *Briggs v. Elliott* (ajuizado na Carolina do Sul), *Davis v. County School Board of Prince Edward County* (ajuizado na Virgínia), *Gebhart v. Belton* (ajuizado em Delaware), and *Bolling v. Sharpe* (ajuizado em Washington D.C.).

52 A decisão envolveu a declaração de inconstitucionalidade de diversas leis e, nesse sentido, ela tem uma dimensão contramajoritária ou, mais propriamente, contralegislativa. Ademais, há autores que consideram que em meados da década de 50, já fosse majoritária na sociedade americana a posição contrária à segregação racial nas escolas. V. Corinna Barret Lain, Upside-down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal* 101:113, 2012, p. 121-22, com remissão a Michael J. Klarman, Cass R. Sunstein e Jack Balkin. Isso faria com que *Brown* fosse uma decisão *representativa*, na categorização proposta neste trabalho. O argumento é questionável, sendo certo que, à época, leis de 17 estados previam a segregação racial, enquanto 16 a proibiam. Além disso, em primeiro grau de jurisdição, os autores das cinco ações foram derrotados. Em apelação, o Tribunal de Delaware assegurou o direito de 11 crianças frequentarem escolas juntamente com brancos. E o de Kansas reconheceu que a segregação produzia consequências negativas para as crianças negras. V. Jesse Greenspan, *10 Things You Should Know About Brown v. Board of Education*, May 16, 2014, in HISTORY.COM, disponível em <http://www.history.com/news/10-things-you-should-know-about-brown-v-board-of-education>. Seja como for, mesmo que a posição fosse de fato majoritária, ela não tinha como superar o bloqueio dos Senadores do sul a qualquer legislação federal nesse sentido. Gordon Silverstein, *Law's Allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*, 2009, p. 270-1.

53 Na nota de rodapé n. 11, a decisão cita os seguintes estudos: K.B. Clark, Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development (Mid-century White House Conference on Children and Youth, 1950); Witmer and Kotinsky, Personality in the Making (1952), c. VI; Deutscher and Chein, The Psychological Effects of Enforced Segregation A Survey of Social Science Opinion, 26 J.Psychol. 259 (1948); Chein, What are the Psychological Effects of Segregation Under Conditions of Equal Facilities?, 3 Int.J.Opinion and Attitude Res. 229 (1949); Brameld, Educational Costs, in Discrimination and National Welfare (MacIver, ed., 1949), 44-48; Frazier, The Negro in the United States (1949), 674-681. *And see generally* Myrdal, An American Dilemma (1944).

54 *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

55 V. *Brown v. Board of Education, Leadership Conference on Civil and Human Rights*: “The *Brown* case served as a catalyst for the modern civil rights movement, inspiring education reform everywhere and forming the legal means of challenging segregation in all areas of society”. In <http://www.civilrights.org/education/brown/>, acesso em 17 jan. 2017.

tência ao cumprimento da decisão⁵⁶, a crítica política – a Corte teria agido como “uma terceira câmara legislativa”⁵⁷ e a crítica doutrinária: *Brown* não teria observado “princípios neutros” de interpretação constitucional⁵⁸.

Outras importantes decisões da Suprema Corte americana podem ser consideradas iluministas na acepção aqui utilizada. *Loving v. Virginia*⁵⁹, julgado em 1967, considerou inconstitucional lei que interditava os casamentos entre pessoas brancas e negras. A decisão, também unânime, reverteu o precedente firmado em *Pace v. Alabama*⁶⁰, de 1883. Desde os tempos coloniais, diversos estados possuíam leis antimiscigenação. Em 1967, quando da decisão em *Loving*, todos os 16 estados do sul tinham leis com esse conteúdo⁶¹. É possível, embora não absolutamente certo, que a maioria da população americana fosse contrária a tais leis, o que transformaria a decisão em representativa, no âmbito nacional, embora iluminista em relação aos estados do sul, por impor, heteronomamente, uma concepção de igualdade diversa da que haviam praticado até então. Cabe lembrar, uma vez mais, que o termo iluminista está sendo empregado para identificar decisão que não corresponde à vontade do Congresso nem ao sentimento majoritário da sociedade, mas ainda assim é vista como correta, justa e legítima. Alguém poderá perguntar: e quem certifica o caráter iluminista da decisão? Por vezes, os próprios contemporâneos vivem um processo de

56 A decisão não explicitou o modo como seria executada para por fim à segregação racial nas escolas públicas. No ano seguinte, em um julgamento conhecido como *Brown II* (*Brown v. Board of Education* 349 U.S. 294 (1955)), a Suprema Corte delegou às cortes distritais a missão de dar cumprimento à decisão da Suprema Corte, cunhando a expressão que se tornaria célebre (e problemática): “com toda a velocidade recomendável” (“*with all deliberate speed*”). *Deliberate* também pode ser traduzido para o português como cautelosa.

57 Learned Hand, *The Bill of Rights* (Atheneum 1977), 1958, p. 55. V. tb. Michael Klarman, *The Supreme Court, 2012 Term - Comment: Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality*, 127 Harv. L. Rev. 127, 143 (2013).

58 Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law. Harvard Law Review* 73:1, 1959, p. 34: “Dada uma situação em que o Estado precisa escolher entre negar a integração àqueles indivíduos que a desejam ou impô-la àqueles que querem evitá-la, é possível sustentar, com base em princípios neutros, que a Constituição exige que a reinvidicação dos que querem a integração deve prevalecer?”.

59 388 U.S. 1 (1967).

60 106 U.S. 583 (1883).

61 O acórdão de *Loving v. Virginia* consignou, em sua nota de rodapé n. 5: “After the initiation of this litigation, Maryland repealed its prohibitions against interracial marriage, Md.Laws 1967, c. 6, leaving Virginia and 15 other States with statutes outlawing interracial marriage: Alabama, Ala.Const., Art. 4, § 102, Ala.Code, Tit. 14, § 360 (1958); Arkansas, Ark.Stat. Ann. § 55-104 (1947); Delaware, Del.Code Ann., Tit. 13, § 101 (1953); Florida, Fla.Const., Art. 16, § 24, Fla.Stat. § 741.11 (1965); Georgia, Ga.Code Ann. § 53-106 (1961); Kentucky, Ky.Rev.Stat. Ann. § 402.020 (Supp. 1966); Louisiana, La.Rev.Stat. § 14:79 (1950); Mississippi, Miss.Const., Art. 14, § 263, Miss.Code Ann. § 459 (1956); Missouri, Mo.Rev.Stat. § 451.020 (Supp. 1966); North Carolina, N.C.Const., Art. XIV, § 8, N.C.Gen.Stat. § 14-181 (1953); Oklahoma, Okla.Stat., Tit. 43, § 12 (Supp. 1965); South Carolina, S.C.Const., Art. 3, § 33, S.C.Code Ann. § 20-7 (1962); Tennessee, Tenn.Const., Art. 11, § 14, Tenn.Code Ann. § 36-402 (1955); Texas, Tex.Pen.Code, Art. 492 (1952); West Virginia, W.Va.Code Ann. § 4697 (1961)”.

tomada de consciência após a sua prolação, captando o espírito do tempo (*Zeitgeist*). Quando isso não ocorre, cabe à história documentar se foi iluminismo ou, ao contrário, um descompasso histórico.

Duas últimas decisões aqui apontadas como iluministas apresentam as complexidades dos temas associados a convicções religiosas. Em relação a elas, a palavra iluminismo chega mais perto das suas origens históricas. Em *Roe v. Wade*⁶², julgado em 1973, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, afirmou o direito de uma mulher praticar aborto no primeiro trimestre de gravidez, com total autonomia, fundada no direito de privacidade. Posteriormente, em *Planned Parenthood v. Casey*⁶³ (1992), o critério do primeiro trimestre foi substituído pelo da viabilidade fetal, mantendo-se, todavia, a essência do que foi decidido em *Roe*. A decisão é celebrada por muitos, em todo o mundo, como a afirmação de uma série de direitos fundamentais da mulher, incluindo sua autonomia, seus direitos sexuais e reprodutivos e a igualdade de gênero. Não obstante isso, a sociedade americana, em grande parte por impulso religioso, continua agudamente dividida entre os grupos pró-escolha e pró-vida⁶⁴. Há autores que afirmam que a decisão da Suprema Corte teria interrompido o debate e a tendência que se delineava a favor do reconhecimento do direito ao aborto, provocando a reação social (*backlash*) dos segmentos derrotados⁶⁵. Talvez. Mas aplica-se aqui a frase inspirada de Martin Luther King Jr, de que “é sempre a hora certa de fazer a coisa certa”⁶⁶.

⁶² 410 U.S. 113 (1973).

⁶³ 505 U.S. 833 (1992).

⁶⁴ De acordo com pesquisas realizadas pelo Gallup, de 1995 a 2008, a maioria dos americanos se manifestou em favor do direito de escolha. De 2009 a 2014, ocorreu uma inversão, com a prevalência dos que opinaram em favor da posição pró-vida. V. Lydia Saad, “More Americans ‘Pro-Life’ Than ‘Pro-Choice’ For First Time”. In: <http://www.gallup.com/poll/118399/More-Americans-Pro-Life-Than-Pro-Choice-First-Time.aspx>. Em 2015, ainda segundo o Gallup, o número dos que defendem a posição em favor do direito de escolha voltou a prevalecer. V. Lydia Saad, “Americans Choose ‘Pro-Choice’ For First Time in Seven Years”. In: <http://www.gallup.com/poll/183434/americans-choose-pro-choice-first-time-seven-years.aspx>.

⁶⁵ Cass R. Sunstein, Three Civil Rights Fallacies. *California Law Review* 79:751, 1991, p. 766: “By 1973, however, state legislatures were moving firmly to expand legal access to abortion, and it is likely that a broad guarantee of access would have been available even without *Roe*. (...) [T]he decision may well have created the Moral Majority, helped defeat the equal rights amendment, and undermined the women’s movement by spurring opposition and demobilizing potential adherents”. Sobre o tema, v. tb. Robert Post e Reva Siegel, *Roe* rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 42:373, 2007.

⁶⁶ Martin Luther King Jr., *The Future of Integration*. Palestra apresentada em Oberlin, 22 out. 1964. No original: “The time is always right to do what’s right”.

Em *Obergefell v. Hodges*, decidido em 2015, a Suprema Corte julgou que o casamento é um direito fundamental que não pode ser negado a casais do mesmo sexo e que os estados devem reconhecer como legítimos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados em outros estados. Por 5 votos a 4, a maioria dos Ministros entendeu tratar-se de um direito garantido pelas cláusulas do devido processo legal e da igualdade inscritas na 14ª Emenda à Constituição. A decisão foi o ponto culminante de uma longa história de superação do preconceito e da discriminação contra homossexuais, que atravessou os tempos. Na própria Suprema Corte houve marcos anteriores, aqui já citados, como *Bowers v. Hardwick*⁶⁷, que considerou legítima a criminalização de relações íntimas entre pessoas do mesmo sexo, e *Lawrence v. Texas*⁶⁸, que superou esse entendimento, afirmando o direito de casais homossexuais à liberdade e à privacidade, com base na cláusula do devido processo legal da 14ª Emenda à Constituição. Em seu voto em nome da maioria, o *Justice* Anthony Kennedy exaltou a “transcendente importância do casamento” e sua “centralidade para a condição humana”. Merece registro a crítica severa e exaltada do falecido *Justice* Antonin Scalia, acusando a maioria de fazer uma “revisão constitucional”, criar liberdades que a Constituição e suas emendas não mencionam e “roubar do povo (...) a liberdade de se autogovernar”. *Obergefell* representa um contundente embate entre iluminismo e originalismo. De acordo com algumas pesquisas, uma apertada maioria da população apoiava o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁶⁹, significando que a decisão da Suprema Corte, em verdade, poderia ser considerada representativa, ainda que contralegislativa.

A verdade, porém, é que mesmo decisões iluministas, capazes de superar bloqueios institucionais e empurrar a história, precisam ser seguidas de um esforço de persuasão, de convencimento racional. Os derrotados nos processos judiciais que envolvam questões políticas não devem ter os seus sentimentos e preocupações ignorados ou desprezados.

67 478 U.S. 186 (1986).

68 539 U.S. 558 (2003).

69 V. Justin McCarthy, U.S. Support for Gay Marriage Stable After High Court Ruling. In: <http://www.gallup.com/poll/184217/support-gay-marriage-stable-high-court-ruling.aspx>, 17 jul. 2015. A pesquisa realizada pelo Gallup, em que se baseia a matéria, aponta um percentual de apoio de 58%. Pesquisa da Associated Press exibiu índices mais apertados: 42% a favor e 40% contra. Curiosamente, quando perguntados, na mesma pesquisa, se apoiavam ou não a decisão da Suprema Corte, 39% disseram-se a favor e 41% contra. V. David Crary e Emily Swanson, AP Poll: Sharp Divisions After High Court Backs Gay Marriage. In: <http://www.lgbtqnation.com/2015/07/ap-poll-sharp-divisions-after-high-court-backs-gay-marriage/>, 19 jul. 2015.

Portanto, os vencedores, sem arrogância, devem continuar a expor com boa-fé, racionalidade e transparência suas motivações. Devem procurar ganhar, politicamente, o que obtiveram em juízo⁷⁰. Já houve avanços iluministas conduzidos pelos tribunais que não prevaleceram, derrotados por convicções arraigadas no sentimento social. Foi o que se passou, por exemplo, em relação à pena de morte. Em *Furman v. Georgia*⁷¹, julgado em 1972, a Suprema Corte considerou inconstitucional a pena de morte, tal como aplicada em 39 Estados da Federação⁷². O fundamento principal era o descritério nas decisões dos júris e o impacto desproporcional sobre as minorias. Em 1976, no entanto, a maioria dos Estados havia aprovado novas leis sobre pena de morte, contornando o julgado da Suprema Corte. Em *Gregg v. Georgia*⁷³, a Suprema Corte terminou por reconhecer a validade da nova versão da legislação penal daquele Estado.

O constitucionalismo é produto de um conjunto de fatores históricos que incluem o contratualismo, o iluminismo e o liberalismo. Supremas Cortes de Estados democráticos devem atuar com fidelidade aos valores subjacentes a esses movimentos políticos e filosóficos que conformaram a condição humana na modernidade, assim como suas instituições. Porém, a realização da justiça, como qualquer empreendimento sob o céu, está sujeita a falhas humanas e a acidentes. Por vezes, em lugar de conter a violência, ser instrumento da razão e assegurar direitos fundamentais, tribunais podem eventualmente fracassar no cumprimento de seus propósitos. Na história americana, pelo menos duas decisões são fortes candidatas a símbolo das trevas, e não das luzes. A primeira foi *Dred Scott v. Sandford*⁷⁴, de 1857, em que a Suprema Corte afirmou que negros não eram cidadãos americanos e, conseqüentemente, não tinham legitimidade para estar em juízo postulando a própria liberdade. A decisão é considerada, histórica-

70 Gordon Silverstein, *Law's Allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*, 2009, p. 268: "O uso mais efetivo para as decisões judiciais é quando elas funcionam como um ariete, quebrando barreiras políticas e institucionais. Mas a omissão em dar continuidade ao debate sobre o tema, utilizando a arte política da persuasão, coloca esses ganhos em risco se – e quase inevitavelmente, quando – o Judiciário mudar, novos juízes assumirem e novas correntes de interpretação ou novas preferências judiciais emergirem".

71 408 U.S. 238 (1972).

72 Para um estudo da questão, v. Corinna Barret Lain, *Upside-down judicial review*, (January 12, 2012). Disponível no site Social Science Research Network - SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1984060> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984060>, p. 12 e s.

73 428 U.S. 153 (1976).

74 60 U.S. 393 (1857).

mente, o pior momento da Suprema Corte⁷⁵. Também merece figurar do lado escuro do constitucionalismo americano a decisão em *Korematsu v. United States*⁷⁶, julgado em 1944, quando a Suprema Corte validou o ato do Executivo que confinava pessoas de origem japonesa, inclusive cidadãos americanos, em campos de internação (e encarceramento). A decisão, que afetou 120.000 pessoas⁷⁷, é generalizadamente criticada⁷⁸, tendo sido referida como “uma mancha na jurisprudência americana”⁷⁹.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal proferiu diversas decisões que podem ser consideradas iluministas no sentido exposto acima. A Corte, por exemplo, reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas, com base no direito à não discriminação em razão do sexo e na proteção constitucional conferida à família⁸⁰. Em 2016, julgou inconstitucional norma que regulava a vaquejada, antiga manifestação cultural do nordeste do país em que uma dupla de vaqueiros, montada a cavalos, busca derrubar o touro em uma área demarcada. Apesar da popularidade da prática, o Tribunal entendeu que ela ensejava tratamento cruel de animais, vedado pela Constituição Federal⁸¹. Mais recentemente, a Corte declarou a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, com base nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em seu direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade⁸².

75 Robert A. Burt, What was wrong with *Dred Scott*, what's right about *Brown*. *Washington and Lee Law Review* 42:1, 1985, p. 1 e 13: “No Supreme Court decision has been more consistently reviled than *Dred Scott v. Sandford*. Other decisions have been attacked, even virulently, by both contemporary and later critics; (...) But of all the repudiated decisions, *Dred Scott* carries the deepest stigma. (...) *Dred Scott* may have proven the Supreme Court's unreliability as a wise guide, as a moral arbiter, for a troubled nation”.

76 323 U.S. 214 (1944).

77 Evan Bernick, “Answering the Supreme Court's Critics: The Court Should Do More, Not Less to Enforce the Constitution”. *The Huffington Post*, 23 out. 2015. Disponível em: http://www.huffingtonpost.com/evan-bernick/answering-the-supreme-cou_b_8371148.html. Acesso em 18 jan. 2016.

78 Noah Feldman, “Why *Korematsu* Is Not a Precedent”. *The New York Times*, 18 nov. 2016. Disponível em: https://www.nytimes.com/2016/11/21/opinion/why-korematsu-is-not-a-precedent.html?_r=0. Acesso em 18 jan. 2016.

79 V. Carl Takei, “The incarceration of Japanese Americans in World War II Does Not Provide a Legal Cover for Muslim Registry”. *Los Angeles Times*, 27 nov. 2016. Disponível em: <http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-takei-constitutionality-of-japanese-internment-20161127-story.html>. Acesso em 18 jan. 2016.

80 STF, Pleno, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, DJe, 14.10.2011.

81 STF, Pleno, ADI 4983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.2016. Lamentavelmente, uma Emenda Constitucional foi aprovada posteriormente à decisão, com vistas a superá-la, procurando legitimar a prática considerada cruel pelo STF. V. Emenda Constitucional 96, promulgada em 6 jun 2017.

82 STF, Primeira Turma, HC 124.306, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 29.11.2016.

No que tange a tais casos, evidências indicam que o Tribunal decidiu em desacordo com a visão dominante na população e no Legislativo, marcadamente conservador⁸³.

O papel iluminista também se manifesta em diversos casos paradigmáticos decididos por cortes estrangeiras. No famoso caso Lüth⁸⁴, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu a possibilidade de reinterpretar normas infraconstitucionais de direito privado, à luz dos valores expressos pelos direitos fundamentais⁸⁵. A decisão foi considerada o marco inicial do processo de constitucionalização do direito, e possibilitou, na Alemanha, uma verdadeira revolução no direito civil⁸⁶. Contudo, sua relevância era possivelmente difícil de acessar, à época, pela população em geral⁸⁷. Em 1995, em sua primeira grande decisão, e ainda sob a Constituição interina que regeu a transição no país, a recém-criada Suprema Corte da África do Sul aboliu a pena de morte, pondo fim a uma prática de décadas de execução de criminosos condenados por crimes graves, em sua grande maioria negros.⁸⁸ Diferentemente do que se possa imaginar, a decisão foi contrária a boa parte da população, havendo, ainda hoje, partidos e grupos organizados formados por brancos e negros em favor do retorno da pena

83 Quanto às uniões homoafetivas, pesquisa do IBOPE indicou que 55% da população eram contra seu reconhecimento (Ibope: 55% da população é contra união civil gay. *Revista Época*, 28 jul. 2011, disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI252815-15228,00.html>>; A decisão a respeito da vaujejada foi objeto de emenda constitucional com o propósito de assegurar a continuidade da prática. A emenda foi aprovada no Senado e seguiu para apreciação da Câmara dos Deputados (disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>, acesso em: 27 mar. 2017). Por fim, a declaração de inconstitucionalidade da criminalização do aborto no primeiro trimestre de votação motivou protestos de parlamentares e provocou a constituição de comissão na Câmara dos Deputados para buscar reverter a decisão do STF (ROSSI, Marina. Câmara faz ofensiva para rever decisão do Supremo sobre aborto: Na mesma noite em que o STF determina que aborto até o terceiro mês não é crime, deputados instalam comissão para rever a decisão. *El País*. Brasil. 2 dez. 2016; disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/30/politica/1480517402_133088.html>, acesso em: 27 mar. 2017).

84 BVerfGE 7, 198, Lüth-Urteil, j. 15.01.1958.

85 QUINT, Peter E. Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory. *Maryland Law Review*, v. 48, n. 2, 1989, p. 247-290.

86 Barroso, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

87 No caso, Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, defendeu, com base no direito constitucional à liberdade de expressão, a legitimidade da convocação de um boicote a um filme dirigido por um cineasta nazista. O cineasta e seus parceiros comerciais, por sua vez, alegavam que o Código Civil Alemão vedava a medida. Na oportunidade em que o caso foi decidido pelo Tribunal Constitucional Federal, o filme já havia sido veiculado e fora um sucesso de bilheteria, de modo que, neste aspecto prático, a decisão tinha baixa repercussão pública. V. COLLINGS, Justin. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, p. 57-62; NOACK, Frank. *Veit Harlan: The Life and Work of a Nazi Filmmaker*. Lexington: The University Press of Kentucky, 2016.

88 *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995].

capital. Em 2014, em um caso que se tornou bastante famoso devido ao seu ineditismo, a Suprema Corte da Índia reconheceu aos transgêneros o direito à autoidentificação de seu sexo como masculino, feminino ou “terceiro gênero”.⁸⁹ Também ordenou que o governo tome medidas para promover a conscientização da população e promova políticas que facilitem o acesso de transgêneros a empregos e instituições de ensino.

Antes de concluir, é pertinente uma última reflexão. Foi dito que cortes constitucionais podem desempenhar três papéis: contramajoritário, representativo e iluminista. Isso não quer significar que suas decisões sejam sempre acertadas e revestidas de uma legitimação *a priori*. Se o Tribunal for contramajoritário quando deveria ter sido deferente, sua linha de conduta não será defensável. Se ele se arvorar em ser representativo quando não haja omissão do Congresso em atender determinada demanda social, sua ingerência será imprópria. Ou se ele pretender desempenhar um papel iluminista fora das situações excepcionais em que deva, por exceção, se imbuir da função de agente da história, não haverá como absolver seu comportamento. Além disso, cada um dos papéis pode padecer do vício da desmedida ou do excesso: o papel contramajoritário pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da política, dando lugar a uma indesejável ditadura do Judiciário; o papel representativo pode desandar em populismo judicial, que é tão ruim quanto qualquer outro; e a função iluminista tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, atrasa a história.

Felizmente, sociedades democráticas e abertas, com liberdade de expressão, debate público e consciência crítica, costumam ter mecanismos eficientes para evitar esses males. Para que não haja dúvida: sem armas nem a chave do cofre, legitimado apenas por sua autoridade moral, se embaralhar seus papéis ou se os exercer atrabiliariamente, qualquer Tribunal caminhará para o seu ocaso político. Quem quiser se debruçar sobre um *case* de prestígio mal exercido, de capital político malbaratado, basta olhar o que se passou com as Forças Armadas no Brasil de 1964 a 1985. E quantos anos no sereno e com comportamento exemplar têm sido necessários para a recuperação da própria imagem.

⁸⁹ *National Legal Services Authority v. Union of India*, 2014

V. CONCLUSÃO

O presente ensaio procurou explorar alguns temas relevantes e recorrentes do direito constitucional contemporâneo, dentro de um cenário de intensa circulação mundial de ideias, de inúmeras publicações específicas e de sucessivos encontros internacionais envolvendo acadêmicos e juízes constitucionais de diferentes países. Cultiva-se, crescentemente, a imagem de um constitucionalismo global. Para evitar ilusões, deve-se registrar, desde logo, que ele não corresponde à criação de uma ordem jurídica única, com órgãos supranacionais destinados a fazê-la cumprir. Esta é uma ambição fora de alcance na quadra atual. Mais realisticamente, constitucionalismo global se traduz na existência de um patrimônio comum de valores, conceitos e instituições que aproximam os países democráticos, criando uma gramática, uma semântica e um conjunto de propósitos comuns.

As democracias contemporâneas são feitas de votos, direitos e razões. Juízes e tribunais, como regra, não dependem de votos, mas vivem da proteção de direitos e do oferecimento de razões. Nesse ambiente, Supremas Cortes e Cortes Constitucionais desempenham três grandes papéis: contramajoritário, quando invalidam atos dos Poderes eleitos; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem avanços civilizatórios independentemente das maiorias políticas circunstanciais. Esta última competência, como intuitivo, deve ser exercida em momentos excepcionais e com grande cautela, pelo risco autoritário que envolve. Mas a proteção de negros, mulheres, homossexuais e minorias em geral não pode mesmo depender de votação majoritária ou pesquisa de opinião.

Por fim, mesmo nos países em que uma Corte dá a última palavra sobre a interpretação da Constituição e a constitucionalidade das leis, tal fato não a transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional deve funcionar como uma etapa da interlocução mais ampla com o legislador e com a esfera pública, sem suprimir ou oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.

Rumo a um Processo Penal Democrático

Rogério Schietti Cruz

Ministro do STJ (Superior Tribunal de Justiça). Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP).

SUMMARY: What does it mean to say that it is democratic a specific criminal procedure? The Brazilian criminal procedures and, in particular, underwent successive reforms, especially after the Federal Constitution (1988), which modernized and made it more rational, concentrated, and fast, but still with alternations of democratic and authoritarian practices. The article seeks to identify some characteristics of the Brazilian criminal procedure and to indicate, even with the improvement of the legislation, the symptoms of growing democratization of criminal justice in Brazil.

KEYWORDS: Criminal Procedure. Democracy. Authoritarianism. Penal procedural reforms.

RESUMO: O que significa dizer que um dado processo penal é democrático? O processo penal brasileiro, em particular, passou por sucessivas reformas, sobretudo após a Constituição de 1988, que o modernizaram e o tornaram mais racional, concentrado e célere, porém, ainda com alternâncias entre um agir democrático e um agir autoritário. O artigo propõe-se a identificar algumas características do processo penal brasileiro e indicar, inclusive com o aperfeiçoamento do complexo normativo, os sinais de uma crescente democratização de nossa justiça criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Democracia. Autoritarismo. Reformas processuais penais.

INTRODUÇÃO

O curso da história, sobretudo a mais recente, indica uma tendência irreversível – ainda que desmentida em alguns países, por razões pelas quais não cabe aqui incursionar¹ – de substituir modelos de justiça criminal em que a preocupação maior do aparato repressivo não seja tanto o rígido controle social pelo Direito Penal, mas antes a proteção do indivíduo contra os abusos e os excessos punitivos do Estado (SUNG, 2006, p. 314).

Em verdade, dificilmente se poderá atribuir o adjetivo de democrático a um processo penal que sirva a propósitos exclusivamente repressores, porquanto:

[...] en la tradición liberal-democrática, el derecho y el proceso penal son instrumentos o condiciones de “democracia” sólo si en la medida en que sirvan para minimizar la violencia punitiva del Estado, y constituyen por tanto – antes que un conjunto de preceptos destinados a los ciudadanos y de limitaciones impuestas a su *libertas* – un conjunto de preceptos destinados a los poderes públicos y de limitaciones impuestas a su potestad punitiva: en otras palabras un conjunto de garantías destinadas a asegurar los derechos fundamentales del ciudadano frente al arbitrio y el abuso de la fuerza por parte del Estado (FERRAJOLI, 1988, p. 3).

Há, sem dúvida, em qualquer processo penal que se possa adjetivar de democrático, um conjunto mínimo de princípios e regras, com pequenas variações, voltadas predominantemente para a proteção do indivíduo, porquanto, em uma democracia substancial, avessa ao expansionismo do Direito Penal e às tentações do uso simbólico e midiático desse ramo do Direito, a liberdade é maximizada e o poder de punir minimizado (MEDEIROS; SILVA NETO, 2010).

¹ Não há como deixar de pensar nos Estados Unidos da América, que, muito embora possa merecer o título de berço da democracia moderna, ostenta dados assustadores no campo da punição criminal. Esse paradoxo, bem explorado, *inter alia*, por LOIC WACQUANT (1999 e 2000) não se estende, a nosso ver, ao processo penal praticado em suas cortes, onde se costuma assegurar ao acusado direitos que em outros povos centrais ainda se mostram reticentes (de que são exemplos o direito a não se autoincriminar e o direito à exclusão da prova ilícita). É dizer, se o Direito Penal estadunidense é extremamente invasivo e rigoroso, o Direito Processual Penal concretizado pelos tribunais e, em particular, por sua Suprema Corte – notadamente a partir da *Warren's Court* – tem servido de parâmetro para a sedimentação de certos direitos e garantias do acusado no mundo todo.

Assim, em quase todos os atuais códigos de processo penal e/ou constituições dos países centrais será possível inferir que: (a) a acusação contra alguém não pode ser feita pelo mesmo órgão que irá julgar o acusado; (b) o órgão julgador deve ter sua competência previamente definida em lei e deverá cercar-se de garantias que assegurem sua imparcialidade e sua independência jurídica e política; (c) o acusado deve ser tratado como inocente até sentença em sentido contrário; (d) ao acusado, ao longo do processo penal, devem assegurar-se iguais oportunidades em relação ao acusador; (e) o acusado deve ser prontamente comunicado sobre o conteúdo da acusação formulada contra ele; (f) ao acusado deve ser garantido o direito de exercer sua defesa, tanto pessoalmente quanto por meio de advogado, sem limitações ou restrições irrazoáveis; (g) ao acusado deve assegurar-se o direito de recorrer a outro órgão judicial das decisões finais que lhes sejam desfavoráveis e das decisões que afetem sua liberdade; (h) tanto o acusado quanto o órgão de acusação têm o direito de ser informados sobre petições ou documentos juntados pela parte contrária, de reagir em igualdade de condições, bem assim têm o direito de influir nas decisões judiciais, apresentando argumentos e provas que considerem relevantes para a demonstração de suas teses e de seus direitos; (i) os atos processuais devem ser praticados, em regra, sem restrições à publicidade interna e externa; (j) as decisões judiciais devem ser suficientemente motivadas.

A essas se poderiam somar outras regras e garantias que, a depender das opções de política criminal de cada país, integram o rol mínimo de um devido processo legal, tanto em sua faceta procedimental (*procedural due process*) quanto em sua configuração material (*substantive due process*), esta última a denotar a razoabilidade (*reasonableness*) e a racionalidade (*rationality*) dos atos estatais (SIQUEIRA CASTRO, 1989, p. 383).

Esse conjunto de regras e princípios consubstanciam o sistema cognitivo judicial de um dado país, com graus diferentes de asseguramento dos direitos e das garantias individuais perante o Estado, a depender do nível de sua vinculação no plano normativo e de sua efetividade no plano prático (FERRAJOLI, 2002, p. 56).

Diante desse quadro de características que permitem atribuir o qualificativo de democrático ao processo penal de determinado país, cremos ser possível, com certas reservas, afirmar que o processo penal brasileiro

atual, com as conquistas ocorridas após a Constituição de 1988, contrastadas com a tradição autoritária que predominou ao longo de nossa história, caminha para firmar-se como um processo penal democrático, como mais adiante veremos.

1. A CRESCENTE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

A história das civilizações mostra uma crescente racionalização do poder punitivo do Estado, retirado progressivamente das mãos da vítima ou da comunidade afetada pelo crime (vingança privada e/ou social), com o propósito de substituir o sentido de vingança pelo sentido de retribuição ou de resposta punitiva do Estado ao desvio de comportamento. Em verdade, “o Direito Penal nasce não como desenvolvimento, mas, sim, como *negação da vingança*” (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

É a partir da Inquisição medieval e das monarquias absolutistas presentes na Idade Moderna que se estabelece certo padrão na resposta punitiva, até então marcado pela crueldade das sanções e pelo autoritarismo, pessoal e institucional, na condução das investigações, dos processos e dos julgamentos.

Enquanto mero suspeito de um desvio de conduta, o indivíduo encontrava-se totalmente à mercê das autoridades oficiais (ou mesmo de particulares) e gozava do *status* de simples objeto de investigação e de punição. Felizmente, esse modelo agonizava e, “no fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo” (FOUCAULT, 1996, p. 14).

Foi preciso chegar à maré das ideias iluministas para inaugurar-se uma nova era do Direito Criminal, em que a atividade punitiva do Estado passa a vincular-se a valores como a liberdade, a igualdade e a fraternidade, motes da Revolução Francesa, no final do século XVIII. A liberdade jurídica assume lugar de destaque na pauta das nações centrais, sujeitando-se a sacrifício apenas em casos expressamente previstos e mediante a obediência a regras forjadas pelas progressivas conquistas civilizatórias.

Progressivamente, portanto, a persecução penal passa a alinhar-se aos postulados inerentes a um Estado Democrático de Direito e se configura não mais como “um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos

humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado” (MOREIRA, 2010, p. 312; GRINOVER, 1982, p. 52).

A despeito do novo *status* conquistado pelo indivíduo em face do Estado – de súdito ou vassalo, adquire a condição de cidadão, titular de direitos e de deveres – ainda há muito a avançar para que se alcance o modelo ideal de um Estado verdadeiramente promotor dos direitos individuais, sociais e políticos de seus nacionais. Em verdade, ainda que quase todos, senão todos, os povos do Ocidente se afirmem democráticos – afinal, é simpático assim qualificar-se (SICA, 2009, p. 292) – amiúde se verificam, no tocante aos sistemas de justiça criminal, alguns *gaps* entre a estrutura normativa, de viés democrático, e a realidade praticada nos tribunais e nos escaninhos das agências de persecução penal, onde grassam procedimentos divorciados do paradigma estabelecido nas respectivas constituições e leis de cada país.

No processo penal brasileiro, por exemplo, todos concordam que dispomos de uma Carta Política progressista, que incorpora praticamente todos os princípios, direitos e garantias que configuram um processo penal moderno e democrático, como veremos mais adiante. Porém, no plano infraconstitucional e, mais ainda, no terreno da praxe judiciária e da investigação criminal, ainda não refletimos o modelo projetado pelo constituinte de 1988.

2. A SEDIMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA

Se, de um lado, não se discutem os avanços significativos alcançados em relação aos direitos sociais e políticos desde a Era Vargas, os direitos civis e as liberdades públicas somente lograram afirmação concreta com a Constituição de 1988, momento em que, definitivamente e com um século de atraso, o nacional deixa de ser súdito – “simples sujeito de deveres e destinatário passivo de comandos” (BOTELHO; SCHWARCZ, 2012, p. 19) – e passa a ostentar o título de cidadão, com uma miríade de direitos individuais reconhecidos no *Bill of Rights* (art. 5º) da Carta de 1988, não por acaso conhecida, desde a referência feita por um de seus próceres, o Deputado Constituinte Ulisses Guimarães, como a *Constituição Cidadã*.

Em verdade, a década de 80 do século XX marcou o movimento de (re)conquista da democracia no Brasil, com a transição política gestada

no último governo militar, do General João Figueiredo, e a eleição de Tancredo Neves pelo Colégio Eleitoral protagonizado pelos dois partidos de então, MDB e ARENA. A partir daí, inicia-se uma sedimentação democrática que irá culminar na formação da Constituinte e na promulgação, em 5 de outubro de 1988, da Constituição da República, documento que, como já destacado, coloca o país no concerto das nações que preservam e proclamam os direitos sociais, coletivos e, sobretudo, os direitos individuais, tão menosprezados em períodos pretéritos de nossa história.

Tal é a extensão dos direitos e das garantias individuais que compõem o art. 5º da Carta Política de 1988 que, passados 25 anos, ainda se ouvem vozes a criticar algumas opções feitas pelo Constituinte, máxime no trato dos acusados em processos criminais.

Seria ilusão, no entanto, acreditar que essa pletora de direitos positivados nos 78 incisos do art. 5º da Constituição da República de 1988 – boa parte dos quais endereçados a quem é sujeito passivo da persecução penal – encontrasse plena ressonância no plano prático, conforme palavras do cotidiano forense. Mas não é otimismo ingênuo crescer que, ao longo dos últimos 25 anos, a Carta de Direitos da Constituição da República tem avançado em efetividade, sobretudo na jurisprudência dos tribunais superiores.

De fato, não há como negar o imenso hiato entre o mundo normativo concebido em 1988 e a realidade das práticas sociais e culturais vivenciadas pelo povo e também pelas instituições e agentes públicos, a favorecer a edição de algumas leis que traduziram maior intervencionismo penal, quais a Lei da Prisão Temporária (1989), a Lei dos Crimes Hediondos (1990), a Lei de Combate ao Crime Organizado (1995), a Lei de Combate às Drogas (2003), para citar algumas.

Em direção oposta, sobrevieram leis que consolidaram o modelo liberal-progressista pós-1988, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (1995) e de inúmeras outras que, seja por reformas no Código de Processo Penal, seja por instrumentos normativos autônomos, modificaram sobremodo os procedimentos e o funcionamento da justiça criminal brasileira, modernizando-a e dotando-a de maior racionalidade punitiva, como veremos adiante.

3. SINAIS DE UM NOVO PROCESSO PENAL

A democracia no Brasil e, por tabela, nossa persecução penal, ainda é um processo em construção, mas os ganhos são perceptíveis e substanciais.

Com efeito, até 1988, tínhamos uma estrutura e um funcionamento da justiça criminal que passava longe de um modelo compatível com o que se deveria esperar de qualquer nação que batia às portas do século XXI.

A ação penal, embora predominantemente pública, podia, em hipóteses que a lei indicava, ser iniciada por simples portaria da autoridade policial ou do juiz, ou ainda pelo próprio Auto de Prisão em Flagrante do suspeito, algo que, à evidência, subvertia a ideia da imparcialidade judicial ou, quando menos, da necessária existência de uma acusação formalizada pelo titular da ação penal. Esses processos, chamados judicialiformes, refletiam bem a tradição brasileira de privilegiar a Polícia e o Judiciário como protagonistas da persecução penal, como salientado linhas atrás.²

A prisão processual ou cautelar, por sua vez, não era caracterizada pela marca da excepcionalidade, porquanto, ainda que já revogado, desde 1967, o permissivo legal que impunha a prisão pela simples natureza mais grave do crime, a praxe judiciária era tímida na concessão de liberdade provisória a investigados e réus em processos criminais. Uma das razões para tanto era a ausência de percepção clara de que a liberdade deveria ser a regra enquanto pendia o processo penal. Uma possível justificativa para tal comportamento se poderia creditar ao fato de que a presunção de inocência – ou de não culpabilidade, na expressão utilizada pelo Constituinte – até então não era positivada em nossa história constitucional, o que dificultava sua incorporação ao agir judicial.

Sobre o acesso à justiça criminal por parte da grande clientela do sistema punitivo – a população economicamente pobre –, pode-se dizer que era ele muito limitado, não tanto por ausência de instrumentos legais, mas, sobretudo, por absoluta falta de investimento estatal na criação e na manutenção de serviços de assistência judiciária gratuita, o que somente começou a ser corrigido com a criação da Defensoria Pública e sua elevação a órgão essencial ao funcionamento da Justiça pela Constituição de 1988.

² Essa promiscuidade de funções judiciais e policiais já merecera severa crítica em 1866 pelo então Ministro da Justiça José Thomaz Nabuco de Araújo, que, em proposta legislativa apresentada ao Parlamento, afirmava ser “incontestável a necessidade da supressão do procedimento oficial: sabeis que não se podem combinar bem os dois caracteres de autor e juiz do mesmo processo” (NABUCO, 1997, p. 641).

Apesar de bem assistido, o réu enfrentava obstáculos e dificuldades que oneravam em demasia o trabalho da defesa técnica. Com efeito, já na largada do processo, via-se o acusado impotente diante da autorização legal – e jurisprudencial – de ser recebida a acusação mediante simples despacho, despido de qualquer motivação. Em seguida, sujeitava-se o réu a ser interrogado pelo magistrado tal qual uma entrevista pessoal, sem a necessária assistência de advogado e sem a observância de certas garantias processuais, entre as quais a de poder permanecer silente, sem que tal comportamento implicasse confissão tácita, e a de ter conhecimento prévio da acusação, ao menos nos casos em que se encontrava preso, quando era requisitado junto ao estabelecimento prisional no dia do interrogatório judicial sem ter sido anteriormente citado. Ademais, se não encontrado e citado por edital, seguia-se o fluxo do processo até final condenação do réu, à sua revelia.

Mesmo nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 ainda era corrente a desvalia dos direitos do acusado em processo penal, notadamente o direito a uma defesa técnica efetiva. Adauto Suannes (1999, p. 349) anotava:

Se a Constituição considera a presença do Advogado indispensável para que tenhamos um *fair trial*, para que essa conquista duramente batalhada ao longo da conceituação da *due process clause* não seja algo meramente formal, como aceitar-se que seu trabalho seja considerado algo absolutamente despreciando? De fato, segundo a jurisprudência, a presença do defensor no interrogatório judicial é dispensável, a defesa prévia é dispensável, a intimação do defensor da data da audiência que se realizará no juízo deprecado é dispensável, as alegações finais são dispensáveis, a interposição de recurso contra a sentença condenatória é dispensável, as razões de recurso são dispensáveis, as contrarrazões do recurso são dispensáveis, os embargos infringentes são dispensáveis, a atuação em revisão criminal é dispensável.

E concluía, com um certo sarcasmo: “E isso porque a Constituição diz que o Advogado é indispensável. Imagine-se se ela dissesse ser ele dispensável!” (SUANNES, 1999, p. ??)

Sem embargo, as aguardadas mudanças chegaram. Em alguns casos, em sede legislativa; em outros, pelas mãos dos julgadores, como foi no trato das interceptações telefônicas, em que somente se apressou o Congresso Nacional em ajustar a legislação ordinária – por meio da Lei nº 9.296/96 – à Constituição da República após o Supremo Tribunal Federal anular processos nos quais a condenação tomara como prova do crime interceptações telefônicas autorizadas judicialmente com apoio no antigo Código das Comunicações, em desalinho com o comando maior que estabelecia as condições e as hipóteses em que o direito ao sigilo das comunicações telefônicas poderia ser quebrado por decisão judicial, consoante o disposto no art. 5º, XII, da CF.

Outro exemplo a lembrar – entre tantos outros possíveis de enumerar – foi o que ocorreu com a interpretação dada ao art. 594 do Código de Processo Penal e a alguns outros dispositivos similares, como o art. 408, § 1º, do CPP, na versão original, os quais estabeleciam uma espécie de presunção de necessidade da prisão (decretada *ope legis*), ao velado argumento de que o acusado condenado em primeiro grau ou pronunciado apresentava risco muito grande de fuga. Nessa toada, também se dizia ser possível a execução provisória do acórdão condenatório, proferido no julgamento de Apelação, *vis-à-vis* a interpretação literal do art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, que atribui aos recursos especial e extraordinário apenas o efeito devolutivo.

Tardaram alguns anos até que, premido pela doutrina mais crítica, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, paulatinamente, começaram a rever seus posicionamentos a esse respeito, antes mesmo da revogação do malsinado art. 594 do CPP pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. No STJ, após alguns julgados, expediu-se até Súmula (verbete nº 347) para assentar que “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.” Na Corte Suprema, alguns arestos sinalizaram a mudança de rumos, como no julgamento, em 5 de fevereiro de 2009, do Habeas Corpus nº 84078/MG, de que foi Relator o Ministro Eros Grau, que pontuou, já na ementa do julgado, que

[...] 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fa-

ses processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão [...].

4. MODERNIZAÇÃO LEGISLATIVA

Por sua vez, o Estado brasileiro, sobretudo o Poder Legislativo, é sempre cobrado por não ser capaz de aprovar um Código de Processo Penal alinhado com a nova ordem constitucional. Como muito bem observado por Choukr (2005, p. 2), “conhecemos uma história legislativa republicana sem que tenhamos um Código de Processo Penal integralmente nascido da atividade democrática parlamentar”.

Deveras, as dificuldades legislativas para a aprovação de um novo diploma processual penal – mencione-se o fracasso das tentativas nesse sentido, entre as quais as relativas aos projetos de Hélio Tornaghi, em 1963, e de Frederico Marques, em 1981³ – induziram os últimos governos a lançar mão do pragmático expediente de promover reformas pontuais do Código de Processo Penal.⁴

Iniciadas na última década do século XX, essas reformas inegavelmente trouxeram alguns importantes avanços no trato de certos institutos processuais, em que pese transformar o diploma vigente em uma colcha de retalhos normativos, a prejudicar sua unidade conceitual e sistêmica.

Em 1995, veio a lume a mais importante modificação sistêmica na persecução penal pátria, com a Lei nº 9.099/95, que, na linha do que já determinara a Constituição da República (art. 98, I), instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e passou a permitir a aplicação imediata de

3 Tramita atualmente na Câmara dos Deputados, a passos lentos, o Projeto de novo Código de Processo Penal (PL 8045/10, originário do PLS 156/09, votado no Senado Federal), sem perspectivas de aprovação.

4 Como já propusemos (CRUZ, 2011, p. 39), se essas dificuldades políticas impedem que se aprove um novo Código de Processo Penal, pelos mecanismos legislativos ordinariamente utilizados para a edição de leis, já é hora de pensar-se na possibilidade de adotar estratégia igual à empregada na Itália. Nesse país, dominado por similares dificuldades, o governo valeu-se do instrumento da Lei Delegada, por meio da qual uma resolução do Congresso Nacional especifica o conteúdo da futura lei e os termos de seu exercício, podendo fixar os princípios e as diretrizes a serem seguidas pelo Poder Executivo na elaboração do diploma legal, o que funcionou perfeitamente para a edição do Código de Processo Penal italiano de 1988. Entretanto, não se cogita, entre nós, do uso de Lei Delegada para a edição de um novo Código de Processo Penal, ao argumento de que se incorreria na vedação do art. 68, § 1º, II, da Constituição Federal, haja vista que um Código de Processo Penal implica regular o exercício de direitos individuais.

pena, mais conhecida como transação penal, para crimes de menor potencial ofensivo, algo até então desconhecido em nossa tradição. A mesma lei, igualmente, aportou ao sistema outro instituto de natureza consensual, a suspensão condicional do processo, também de caráter despenalizador.

Ambos os institutos, a par de facilitar o acesso do jurisdicionado, tanto o autor do fato quanto a vítima, à justiça penal – nos casos que engrossavam as estatísticas da criminalidade oculta ou, o que era pior, atolavam as prateleiras e as gavetas de delegacias de polícia e cartórios judiciais – obrigou os profissionais do Direito a praticar um novo modelo de justiça, consensual, não litigioso, prioritariamente voltado, na dicção da própria lei, à reparação dos danos sofridos pela vítima e à aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62). Demais disso, o mesmo dispositivo legal expressamente orientou a aplicação do novel procedimento aos critérios (ou princípios) de oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, o que importou em uma mudança de postura dos profissionais do Direito, máxime de juízes e promotores de Justiça, tão enraizados no modelo tradicional, predominantemente escrito, excessivamente formal e irritantemente lento.

Um ano após a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, veio a Lei nº 9.271/96, que também causou fortes reações no meio jurídico, reticente em aceitar que, a partir de então, não mais se poderia processar à revelia e condenar o acusado que, citado por edital, não comparecesse ao interrogatório. Vale recordar que os procedimentos ordinário e sumário do Código de Processo Penal estabeleciam que o interrogatório era o primeiro ato de instrução, ao qual se seguiam as alegações preliminares, as audiências para a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa e, por último, a apresentação sucessiva de alegações finais e a sentença.

A inovação legislativa não se resumiu a essa alteração. Em verdade, a reforma de 1996 deu novo tratamento jurídico às comunicações dos atos processuais, com a introdução das seguintes inovações: (a) suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese de o réu, citado por edital, não comparecer ou não constituir advogado, possibilitando-se, todavia, a produção de provas urgentes e decretação de prisão preventiva do acusado (art. 366); (b) nova definição das hipóteses de revelia, não havendo mais impedimento a que o réu se ausente, temporariamente, da comarca onde está sendo processado, independentemente de comunicação à autoridade

processante (art. 367); (c) eliminação da distinção, para fins de citação do réu residente no estrangeiro, da inafiançabilidade ou afiançabilidade da infração a ele imputada, estabelecendo-se que, conhecido o endereço do acusado, sua citação se dará por carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento (art. 368); (d) melhor disciplinamento das intimações e permissão para o uso de meios alternativos de comunicação dos atos processuais (art. 370, §§ 1º e 2º).

O próximo passo para a racionalização e a modernização do nosso Código de Processo Penal foi dado pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que, no âmbito processual, conferiu novo trato jurídico ao interrogatório judicial, por meio da otimização dos instrumentos de proteção do acusado, nomeadamente com o expreso reconhecimento de seu direito ao silêncio e o estímulo ao contraditório das partes. Passa-se então a estabelecer que o acusado deverá ser interrogado “na presença de seu defensor, constituído ou nomeado” (art. 185, *caput*), com o que o interrogando terá assegurado o “direito de entrevista reservada” (art. 185, § 2º), exigindo-se, ainda, uma defesa técnica, por defensor público ou dativo, “exercida através de manifestação fundamentada” (art. 261, parágrafo único); por sua vez, a nova redação dada ao art. 186 expressamente reconhece o direito ao silêncio, do qual “o acusado será informado pelo juiz”, antes de iniciar o interrogatório, e não pode seu exercício “ser interpretado em prejuízo da defesa” (art. 186, parágrafo único).

Outrossim, inova-se no art. 188 do Código de Processo Penal para permitir a ativa participação da acusação e da defesa no interrogatório judicial, por meio de perguntas filtradas pelo juiz, tendo em vista a relevância e a pertinência do fato que objetivem esclarecer. Registre-se, ainda, importante inovação consistente em exigir, em relação ao acusado que se encontra preso, sua citação pessoal (vale dizer, mediante mandado cumprido por oficial de justiça), conforme disposto na nova redação dada ao art. 360.

Um lustro se passou até que sobreviesse a mais ampla reforma do Código de Processo Penal, com a aprovação de três leis, relativas ao Tribunal do Júri (Lei nº 11.689/08), às Provas (Lei nº 11.690/08) e aos Procedimentos (Lei nº 11.900/08).

Por meio dessa última lei, introduziram-se no sistema processual pátrio novos procedimentos, com significativas mudanças que, de fato,

tornaram o rito processual mais ágil, graças à concentração dos atos processuais de natureza instrutória. Além disso, a reforma incrementou o arranjo de direitos dos sujeitos processuais, nomeadamente os do acusado, na medida em que: (a) passou a exigir que a decisão – de recebimento da denúncia e de rejeição também, obviamente – seja fundamentada e tomada apenas após a manifestação do denunciado, que, citado, tem a oportunidade de apresentar uma resposta à acusação (art. 396); (b) antecipou para esse momento inicial do procedimento a possibilidade – antes adstrita ao procedimento do Tribunal do Júri, no encerramento do *iudicium accusationis* – de absolvição sumária do acusado (art. 397); (c) transferiu para o encerramento da instrução criminal o interrogatório do acusado, permitindo-lhe melhor exercer sua autodefesa e sua defesa técnica (art. 400, *in fine*); (d) concentrou todos os atos de instrução, os debates e a decisão final em uma única audiência, que não deverá tardar mais de 60 dias após o recebimento da denúncia ou queixa (art. 400 *usque* 405). Além dessas alterações, merecem menção, entre tantas outras que a Lei nº 11.719/08 introduziu em nosso sistema, a possibilidade de citação por hora certa, quando o acusado se oculta para não ser citado (art. 362); o melhor tratamento jurídico das hipóteses de *emendatio libelli* e *mutatio libelli* (arts. 383 e 384, respectivamente), exigindo a iniciativa do Ministério Público, na última hipótese, em forma de aditamento à denúncia, e a positivação do princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 4º), regra antes inexplicavelmente adstrita somente ao processo civil.

Igualmente inovadora foi a Lei nº 11.690/08, ao aportar relevantes mudanças ao Código de Processo Penal, no capítulo relativo às provas, cuja produção passa a contar com uma participação mais ativa e direta das partes. Entre elas, destacamos: (a) a vedação explícita, no novo texto do art. 155 do CPP, da utilização exclusiva, em decisão judicial, dos elementos informativos colhidos na investigação criminal, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas; (b) a proibição, na linha do que apregoa o art. 5º, XII, da Constituição da República, do uso de provas ilícitas, com determinação de desentranhamento da prova assim qualificada (bem como a dela derivada), ressalvados os casos em que não ficar evidenciado o nexo de causalidade entre a prova original ilícita e a contaminada, ou quando esta última puder ser obtida por fonte independente daquela (art. 157); (c) abandono do sistema indireto (ou presidencial) de colheita da

prova oral, que passa a não mais depender da intermediação judicial, porquanto, com a nova redação conferida ao art. 212, as perguntas das partes são formuladas diretamente à testemunha (exame direto e cruzado), com possibilidade de o juiz complementar a inquirição.

Digna de especial referência, nesse espectro de inovações no capítulo das provas, foi a maximização da proteção à vítima do crime objeto da persecução, tanto para atenuar os riscos de uma vitimização secundária quanto para salvaguardá-la de novas ações delitivas do acusado. Assim, com o novo teor do art. 201 do CPP, o ofendido passa a ser comunicado, no endereço por ele indicado (inclusive eletrônico), dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, designação de data para audiência, sentença, decisões e acórdãos que mantenham ou modifiquem a prisão do réu (§§ 2º e 3º). Outrossim, o ofendido deverá dispor de espaço separado “antes do início da audiência e durante a sua realização” (§ 4º), e cabe ao juiz adotar todas as providências necessárias “à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação” (§ 6º). Por sua vez, o art. 217 prevê que o juiz, se verificar “que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento”, deverá colher a prova oral por meio de videoconferência, assegurada a presença do réu, salvo impossibilidade do uso de tal tecnologia, quando, então, o acusado será retirado da audiência durante o depoimento.

O terceiro diploma legislativo que compôs a reforma de 2008, primeiro na ordem cronológica a ser publicado (Lei nº 11.689/08), buscou aperfeiçoar o Tribunal do Júri, esse órgão do Poder Judiciário tão criticado e ao mesmo tempo tão aclamado como o mais democrático entre os que compõem o aparato judicial do sistema criminal.

Na primeira fase do procedimento, voltada à formação do juízo de acusação, a nova disciplina harmoniza-se com as modificações introduzidas pela Lei dos Procedimentos (Lei nº 11.719/08), com maior atividade processual, sob o contraditório das partes, já no início da persecução penal. Concentrados os atos instrutórios em uma única audiência e realizados os debates orais (art. 411), continua o juiz, se competente, adstrito a optar

por uma das seguintes decisões: pronúncia (art. 413), impronúncia (art. 414) ou absolvição sumária do réu (art. 415); pode, também, decidir pela desclassificação da infração penal, declinando sua competência para outro juízo criminal (art. 419).

As mais importantes alterações, em verdade, se deram na segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, o *indictium causae*, a começar pela eliminação do libelo acusatório e de sua contrariedade, peças desnecessárias ante os limites da acusação fixados na decisão de pronúncia. Outro avanço, voltado a tornar mais efetivo o processo perante o Júri Popular, foi a permissão de intimação da pronúncia por edital e consequente possibilidade de julgar-se o réu que não foi localizado e esteja em liberdade, não sendo mais cogente seu comparecimento à sessão de julgamento (art. 457). Também se destacam, entre as mudanças levadas a cabo nesse procedimento especial, a simplificação dos quesitos, com a previsão de três questionamentos básicos, formulados por meio de “proposições afirmativas” (art. 482, parágrafo único): o primeiro, sobre a materialidade dos fatos; o segundo, sobre autoria ou participação e, por último, o terceiro quesito, que indaga aos jurados “se o acusado deve ser absolvido” (art. 483, caput).

Destaque-se, ainda, como das mais importantes modificações no procedimento do Tribunal Popular, a extinção do Protesto por Novo Júri, recurso que, a par de seu anacronismo – foi concebido no Código de Processo Criminal do Império como garantia do acusado a novo julgamento, quando condenado à pena de morte ou de galés perpétuas, já há muito extintas de nosso ordenamento –, retardava demasiadamente a prestação jurisdicional.

Inovação importante, de cunho tecnológico, foi introduzida pela Lei nº 11.900/09, que permitiu a realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, suprimindo, assim, lacuna legislativa que a jurisprudência dos tribunais superiores invocava para invalidar interrogatórios feitos sem a presença física do acusado perante o juiz. Dessarte, passa o réu a ser interrogado pelo juiz da causa não apenas no foro, como se dá em relação aos acusados em geral, mas também em sala própria do estabelecimento em que estiver recolhido, assegurada a presença de seu defensor (art. 185, § 1º), ou, excepcionalmente – e aqui residem as críticas de alguns doutrinadores, que alegam ofensa ao direito do réu a ser interrogado na presença do juiz – por meio de sistema de videoconfe-

rência. O recurso a essa última forma de interrogatório se justifica quando houver risco à segurança pública – suspeita de participação do réu em organização criminosa ou possibilidade de fuga durante o deslocamento do presídio ao foro –, quando a participação no referido ato enfrentar alguma dificuldade relativa ao próprio réu (enfermidade, por exemplo), quando se antever influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima ou, ainda, quando razões de ordem pública justificarem o uso de tal tecnologia eletrônica (art. 185, § 2º, I a IV).

A última reforma pontual do Código Processual Penal, que implicou profunda alteração do sistema de medidas cautelares pessoais, veio com a Lei nº 12.403/11, a qual, a despeito de algumas falhas técnicas e defeitos conceituais – como de hábito em nossas leis – conferiu maior racionalidade ao processo penal cautelar brasileiro, que se fincava em uma matriz jurídico-ideológica totalmente superada, em face das profundas transformações ocorridas na sociedade brasileira ao longo dos 70 anos de vigência do Código de 1941. Pretendeu-se, seguindo a tendência mundial de tratar a prisão provisória como a última e extrema medida para acautelar o processo (e, excepcionalmente, proteger a ordem social), impor ao juiz a obrigação de verificar a possibilidade de utilizar medidas alternativas à prisão preventiva, levando sempre em consideração a adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, II).

A mola mestra da lei é o rompimento da anterior lógica bipolar, pela qual o juiz ou mantinha o réu preso, ou lhe concedia a liberdade, sob o único ônus de comparecer aos atos processuais e, eventualmente, pagar fiança e sujeitar-se a pequenas obrigações dela decorrentes. Com o novo sistema, passa o juiz a dispor de um leque de alternativas, ajustáveis a cada situação concreta, com possibilidade de imposição de mais de uma entre as medidas cautelares alternativas à prisão que a lei elenca (arts. 319 e 321). Valem menção outras modificações importantes: (a) possibilidade de imposição ao investigado ou réu de uma ou mais das medidas cautelares alternativas à prisão, mesmo que esteja ele respondendo a inquérito policial ou ao processo em liberdade (art. 282); (b) vedação a que o juiz decrete, sem provocação, prisão preventiva ou outra medida cautelar antes de iniciada a ação penal (arts. 282, § 2º, e 311); (c) permissão para arbitramento de fiança a autores de quaisquer crimes, independentemente da pena prevista,

desde que não vedada a cautela pela Constituição Federal (arts. 322, 323 e 324); (d) valorização da fiança, cujos valores podem chegar, em casos excepcionais, à astronômica cifra de 135 milhões de reais (art. 325); (e) revogação do art. 595 do CPP, que previa a deserção do recurso de apelação na hipótese de fuga do réu.

Fácil concluir, portanto, que esse conjunto de leis ineludivelmente deu nova cara ao processo penal brasileiro, o qual, em uma vintena de anos, se modernizou e, a despeito da falta de unidade sistêmica e de cientificidade, permitiu ao sujeito passivo da persecução penal em terras brasileiras enfrentar uma acusação criminal em condições muito similares ao que se pratica em qualquer outro país do ocidente.

CONCLUSÃO

Vivemos, desde o fim do último regime de exceção, o maior período de democracia ininterrupta na história da nação. Pode-se afirmar que estamos em pleno processo de amadurecimento de nossas instituições e, também, de nossa percepção do que a ideia de democracia acarreta no cotidiano das relações intersubjetivas e, mais ainda, das relações entre o Estado (por seus agentes) e os indivíduos.

Com toda a carga autoritária de nosso passado, permeado por uma formação bacharelesca pouco arejada e por práticas típicas de um povo dado a relações de mandonismo, patrimonialismo e clientelismo, nada mais inevitável do que forjar-se um Poder Judiciário burocratizado e inclinado à formalização e à cartorialização das funções jurisdicionais.

Entretanto, as duas últimas décadas aportaram significativas alterações nesse quadro – ainda longe do ideal –, quer pela mudança de algumas estruturas, com a criação de órgãos e mecanismos que otimizaram o controle das instituições, quer pela intensa reforma das leis processuais.

No âmbito do sistema criminal, são inegáveis os avanços normativos e funcionais, com as reformas promovidas no Código de Processo Penal e com as constantes exigências de uma atuação, por parte sobretudo de juízes e membros do Ministério Público, cada vez mais transparente, objetiva e racional, em que pese a forte pressão da sociedade e de alguns setores da mídia por uma aplicação mais rigorosa e inflexível das leis penais.

O fato é que, ao ver-se na condição de sujeito passivo da persecução penal, o investigado/réu, desde o início das investigações e até o trânsito em julgado da sentença definitiva, usufrui de inúmeros direitos e goza de diversas garantias positivadas na Constituição da República, no Código de Processo Penal e em leis extravagantes, de modo tal a lhe permitir opor-se ao poder punitivo, sob a regência de um devido processo legal.

Cada vez mais se consolida a ideia de que uma justiça criminal democrática reclama o equilíbrio entre, de um lado, os justos anseios da sociedade por maior grau de eficiência do sistema punitivo, com a diminuição do nível de morosidade dos processos e de impunidade dos autores de condutas criminosas, e, de outro, a não menos cara aspiração de que a atividade repressora do Estado jamais se afaste das conquistas civilizatórias que qualificam e condicionam aquela atividade como formal e substancialmente legítima.

E, na perspectiva de um otimista racional (RIDLEY, 2010), é de esperar-se que, da mesma forma que nos espantamos ao olhar para o passado e perceber o quanto se avançou até o presente, creiamos na crescente qualificação da justiça criminal, como consequência natural do aperfeiçoamento do homem e de suas instituições.

REFERÊNCIAS

BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Cidadania, um projeto em construção. Minorias, justiça e direitos.** São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. História da violência nas prisões.** 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MEDEIROS, Josineide Gadelha Pamplona; SILVA NETO, Nirson Me-deiros da. **Democratização da justiça penal: A política criminal no estado democrático de direito.** Fortaleza: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Junho de 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso temático de Direito Processual Penal.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império.** v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

RIDLEY, Matt. **The rational optimist. Sow prosperity evolves.** New York: HarperCollins Publishers, 2010.

CRUZ, Rogerio Schietti M. **Prisão Cautelar: dramas, princípios, alternativas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SICA, Leonardo. Mediação, processo penal e democracia. In: **Processo penal e democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SIQUEIRA CASTRO. Carlos Roberto de. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SUNG, Hung-En. **Democracy and Criminal Justice in Cross-National Perspective: From Crime Control to Due Process.** The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Disponível em: <http://ann.sagepub.com/content/605/1/311.refs.html>. Acesso em: 1º/2/2013.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics

Dieter Grimm

Before the end of World War II constitutional courts or courts with constitutional jurisdiction were a rarity. Although constitutions had been in place long before, a worldwide demand for constitutional adjudication arose only after the experiences with the many totalitarian systems of the 20th century. The post-totalitarian constitutional assemblies regarded judicial review as the logical consequence of constitutionalism. In a remarkable judgment, the Israeli Supreme Court said in 1995: “Judicial review is the soul of the constitution itself. Strip the constitution of judicial review and you have removed its very life... It is therefore no wonder that judicial review is now developing. The majority of enlightened democratic states have judicial review... The Twentieth Century is the century of judicial review”.¹ Based on this universal trend, the Israeli Court claimed the power of judicial review even though it had not been explicitly endowed with it in the constitution. So, just as the transition from absolute rule to constitutionalism had modified the relationship between law and politics, this relationship was now modified by the establishment of constitutional courts.

As long as law was regarded as being of divine origin, politics were subordinate to law. Political power derived its authority from the task to maintain and enforce divine law, and this did not include the right to make law. When the Reformation undermined the divine basis of the legal order and led to the religious civil wars of the 16th and 17th centuries the inversion of the traditional relationship between law and politics was regarded as a precondition for the restoration of social peace. The political

¹ United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Village, Civil Appeal No. 6821/93, decided 1995.

ruler acquired the power to make law regardless of the contested religious truth. Law became a product of politics. It derived its binding force no longer from God's will but from the ruler's will. It was henceforth positive law. Eternal or natural law, despite of its name, was not law, but philosophy.

Constitutionalism as it emerged in the last quarter of the 18th century was an attempt to re-establish the supremacy of the law, albeit under the condition that there was no return to divine or eternal law. The solution of the problem consisted in the reflexivity of positive law. Making and enforcing the law was itself subjected to legal regulation. To make this possible a hierarchy had to be established within the legal order. The law that regulated legislation and law-enforcement had to be superior to the law that emanates from the political process. Yet, since there was no return to divine law the higher law was itself the product of a political decision. But in order to fulfil its function of submitting politics to law it needed a source different from ordinary politics. In accordance with the theory that, in the absence of a divine basis of rulership the only possible legitimization of political power is the consent of the governed, this source was found in the people. The people replaced the ruler as sovereign, just as previously the ruler had replaced God. But the role of the popular sovereign was limited to enacting the constitution while the exercise of political power was entrusted to representatives of the people who could act only on the basis and within the framework of the constitution.

Hence, one can say that the very essence of constitutionalism is the submission of politics to law. This function distinguishes constitutional law from ordinary law in various respects. There is, first, a difference in object. The object of constitutional law is politics. Constitutional law regulates the formation and exercise of political power. The power holders are the addressees of constitutional law. Secondly, constitutional and ordinary law have different sources. Since constitutional law brings forth legitimate political power it cannot emanate from that same power. It is made by or attributed to the people. Thirdly, and consequently, the making of constitutional law differs from the making of ordinary law. It is usually a special body that formulates constitutional law and its adoption is subject to a special procedure in which either the people takes the decision or, if a representative body is called upon to decide, a supermajority is required.

Fourthly, constitutional law differs from ordinary law in rank: it is higher law. In the case of conflict between constitutional law and ordinary law or acts of ordinary law application, constitutional law trumps. What has been regulated in the constitution is no longer open to political decision and the majority rule does not apply. This does not mean a total juridification of politics. Such a total juridification would be the end of politics and turn it into mere administration. Constitutional law determines who is entitled to take political decisions and which procedural and substantive rules have to be observed in order to give these decisions binding force. But the constitution neither predetermines the input into the constitutionally regulated procedures nor their outcome. It regulates the decision-making process but leaves the decisions themselves to the political process. It is a framework, not a substitute for politics.

It might be said, finally, that constitutional law is characterized by a certain weakness compared to ordinary law. Ordinary law is made by government and applies to the people. If they do not obey, government is entitled to use force. Constitutional law, by contrast, is made by or at least attributed to the people as its ultimate source and it applies to government. If the government does not comply with the requirements of constitutional law there is no superior power to enforce it. This weakness may differ in degree, depending on the function of the constitution. With respect to the constitutive function the structure of public power will usually conform to the constitutional arrangement. With respect to its function to regulate the exercise of political power this cannot be taken for granted. The historical evidence is abundant.

It was this weakness that gave rise to constitutional adjudication, in the United States soon after the invention of constitutionalism, in Europe and other parts of the world only after the collapse of the fascist and racist, socialist and military dictatorships beginning in the 1950s and culminating in the 1990s. Although many of these systems had constitutions, their impact was minimal, and invoking constitutional rights could be dangerous to citizens. In the light of this experience, constitutional courts were generally regarded as necessary to the completion of constitutionalism. If the very essence of constitutionalism is the submission of politics to law, the very essence of constitutional

adjudication is to enforce constitutional law vis-à-vis government. This implies judicial review of political acts including legislation. However, constitutional courts or courts with constitutional jurisdiction cannot fully compensate for the weakness of constitutional law. Since the power to use physical force remains in the hands of the political branches of government, courts are helpless when politicians refuse to comply with the constitution or disregard court orders.

But apart from this situation, which is exceptional in a well-functioning liberal democracy with a deeply-rooted sense for the rule of law, it makes a difference whether or not a political system adopts constitutional adjudication. Even a government that is generally willing to comply with the constitution will be biased regarding the question of what exactly the constitution forbids or requires in a certain situation. Politicians tend to interpret the constitution in the light of their political interests and intentions. In a system without constitutional adjudication usually the interpretation of the majority prevails. In the long run this will undermine the achievement of constitutionalism. By contrast, in a system with constitutional adjudication an institution exists that does not pursue political intentions, is not subject to election and specializes on constitutional interpretation in a professional manner. It is thus less biased and can uphold constitutional requirements vis-à-vis the elected majority. Even more important is the preventive effect of constitutional adjudication. The mere existence of a constitutional court causes the political majority to raise the question of the constitutionality of a political measure quite early in the political process and in a more neutral way. It observes its own political plans through the eyes of the constitutional court.

Hans Kelsen, whom the Israeli Supreme Court quotes approvingly in the *Mizrahi* opinion, may have exaggerated when he said that a constitution without constitutional adjudication is just like not having a constitution at all. There is a number of long-established democracies where the constitution matters even though no constitutional review exists. Here constitutional values have become part of the legal and political culture so that there is less need for institutionalized safeguards. But for the majority of states, in particular for those who turned toward

constitutional democracy only recently, the constitution would not matter very much in day-to-day politics if it did not enjoy the support of a special agent that enforces the legal constraints to which the constitution submits politics. The small impact of fundamental rights before the establishment of judicial review proves this.

But the existence of a constitutional court alone is not sufficient to guarantee that politicians respect the constitution. Just as constitutionalism is an endangered achievement, constitutional adjudication is also in danger. Politicians, even if they originally agreed to establish judicial review, soon discover that its exercise by constitutional courts is often burdensome for them. Constitutions put politics under constraints and constitutional courts exist in order to enforce these constraints. Not everything that politicians find necessary – be it for themselves or their party, be it for what they deem good for the common interest – can be effectuated if the court finds that it does not conform to the constitution. Politicians therefore have a general interest in a constitutional court that, to put it mildly, is at least not adverse to their objectives and plans. But there is also a specific interest in the outcome of constitutional litigation on which the implementation of a certain policy depends.

The danger is that any political interference with the judicial process would undermine the whole system of constitutional democracy. This is why judges must be protected against political influence or pressure. The dividing line between the various organs of the state drawn by the principle of separation of powers is particularly strong where the judiciary is concerned. Independence of the judiciary is indispensable for the functioning of a constitutional system and is therefore itself in need of constitutional protection. If it is true that constitutional courts are helpless when political actors refuse to obey their orders, it is even more true that constitutional courts are useless when they cannot take their decisions independently from politics. The best protection of judicial independence is, of course, a deeply-rooted conviction on the part of politicians that any interference with court procedures is unacceptable, supported by a strong backing for the constitution within society. But this cannot be taken for granted. Rather, special safeguards are necessary. Judicial independence must be guaranteed, not only against any attempt to directly influence the outcome of litigation,

but also against more subtle ways of putting pressure on the judiciary. This is why constitutions usually guarantee the irremovability of judges and often a sufficient salary, to mention only a few devices.

A special problem in this context is the recruitment of judges of constitutional courts or courts with constitutional jurisdiction. Since these courts have a share in public power, the judges need democratic legitimation. If they are not elected directly by the people, a circumstance which presents problems of its own regarding judicial independence, some involvement of the elected branches of government in the recruitment process seems inevitable. Yet every involvement creates the temptation to elect or appoint deferential judges. Recruitment of judges is the open flank of judicial independence. A constitutional court that simply reflects political interests will hardly be able to keep the necessary distance from politics. Hence, safeguards against a politicization of the court are of vital importance.

Most countries with constitutional adjudication have special provisions for the election or appointment of constitutional judges. If they are elected by parliament often a supermajority, like the one required for amending the constitution, is prescribed. This means that majority and minority must agree on one candidate, which makes extreme partisan appointments unlikely. Other countries prefer a mixed system of election and appointment by dividing the right to select constitutional judges among different bodies of government. In others, non-political actors are involved in the process, for instance representatives of the legal profession. It may be difficult to determine which system is best. But it is not difficult to see that some barriers against the threat of a politically docile constitutional court must be erected if constitutionalism is to live up to its aspirations.

Judicial independence is the constitutional safeguard against the threat arising from politicians to the judges' proper exercise of their function. It is directed against attempts to induce judges not to apply the law but to bend to political expectations. This is an external threat. But it would be naïve to assume that this is the only threat to which the functioning of the constitutional system is exposed. There is also an internal threat that comes from the judges themselves. It comes in two forms. One is the inclination to voluntarily follow, for what reasons ever,

political expectations or even party lines. The other is the temptation to adjudicate according to one's own political preferences or ideas of what is just and unjust rather than following constitutional standards. The constitutional guarantee of judicial independence protects judges against politics, but it does not protect the constitutional system and society against judges who, for other reasons than direct political pressure, are willing to disobey or distort the law.

For these reasons, external independence must be accompanied by internal independence. The constitutional guarantee of judicial independence is not a personal privilege to decide at will, but a functional requirement. It enables judges to fulfil their function, namely to apply the law irrespectively of the interests and expectations of the parties to the litigation or powerful political or societal forces. It frees judges from extra-legal bonds, not to give them leeway in their decisions, but to enable them to decide according to the law. The reason for the independence from extra-legal bonds is to give full effect to the legal bonds to which judges are submitted. Submission to law is the necessary counterpart of judicial independence. As with external independence, precautions can also be taken for internal independence.

However, since internal independence is largely a matter of professional ethics and individual character, the possibilities of the law are limited. Gross misbehaviour such as corruption can of course be outlawed and made a crime. Experience shows, however, that it is difficult to fight corruption within the judiciary when corruption is habitual among politicians and also in society. This seems to be a problem in a number of new democracies. It is likewise justified to criminalize perversion of justice, though it is not easy to clearly distinguish perversion of justice from false or questionable interpretation of the law. This is why convictions because of perversion of justice are rare. But criminalizing corruption and perversion of justice and removing judges from office who committed these crimes is not a violation of the independence of the judiciary.

A more subtle misconduct is the willingness or pre-disposition to interpret the law in a way that is favourable to certain political views or to a party or a candidate for political office, either in general or in an individual case. This usually comes in the guise of legal argumentation that seeks to hide the fact that it is result-driven. This will not always occur intentionally.

Self-deception of judges as to the motives of their judicial behaviour is not impossible. The problem is that this type of misconduct does not only appear in a number of new democracies but can also be observed in mature constitutional states. The decision of the US Supreme Court in *Bush v. Gore* in 2000 may serve as an example. There can hardly be a legal sanction in such cases, but there may be harsh public criticism or even a loss of trust in the judiciary to which no court can remain indifferent.

II.

Law owes its existence to a political decision and political motives are legitimate in the process of law-making. But in a constitutional democracy the role of politics ends when it comes to applying the law. Application of the law is a matter for the legal system and in this process political motives are illegitimate. For this reason the division between law and politics is of crucial importance. But what if law application, and in particular constitutional adjudication, is in itself a political operation so that all attempts to separate law from politics on the institutional level are thwarted on the level of law application? This is a serious question, and it is a question that should not be confused with the abuse of judicial power which lies in the intentional non-application or misapplication of the law.

Constitutional adjudication is of course inevitably political in the sense that the object and the effect of constitutional court decisions are political. This follows from the very function of constitutional law, which is to regulate the formation and exercise of political power, and the function of constitutional courts, which consists in enforcing this law vis-à-vis politics. Constitutional courts form a branch of government. Excluding political issues from judicial scrutiny would be the end of constitutional review. Hence, the question can only be whether operations that judges undertake in order to find the law and to apply it to political issues are of a political or a legal character.

This question arises because all analyses of the process of law application to concrete issues show that the text of the law is unable to completely determine judicial decisions. One of the reasons is that the law in general and constitutional law in particular is neither void of gaps and contradictions nor always clear and unambiguous; this can hardly be different, given the fact that a legal system is a product of different times,

reacting to various challenges, inspired by different interests or concepts of justice and depending on the use of ordinary language. Filling the gaps, harmonizing the contradicting provisions, rendering them precise enough for the decision of an issue is the task of the appliers of law, in the last resort of the courts, which, in turn, draw profit from the efforts of legal science.

But even if provisions are formulated as clearly and as coherently as possible they can raise questions when it comes to solving a concrete case. This incapacity to guarantee a full determination of legal decisions, even in the case of seemingly clear provisions, is inherent in the law because a law is by definition a general rule applicable to an indefinite number of cases arising in the future. This is why it must be formulated in more or less abstract terms. Consequently, there will always remain a gap between the general and abstract norm on the one hand and the concrete and individual case on the other. The judge has to discover what the general norm means with regard to the case at hand. This is achieved by interpretation, which always precedes the application of the norm. The general norm must be concretized as a more specific rule before the individual case can be decided.

Like the task of filling gaps, harmonizing contradicting provisions and clarifying vague norms, concretization contains a creative element. Norm application must therefore always to some certain extent involve norm-construction. This is undisputable, though the degree can vary and rests on a number of variables. The most important one is the precision of a norm. A narrowly tailored norm leaves less room for the constructive element whereas a broad or even vague norm requires a lot of concretization before it is fit for application to a case. Usually a constitution will contain more vague norms than, say, the code of civil procedure. This is certainly true for the guiding principles and for fundamental rights, less so for organizational and procedural norms. Another variable is the age of a norm; the older a norm, the larger the number of problems that were not or could not have been foreseen by the legislature, and thus the broader the range of questions of meaning and applicability.

The mere fact that the law does not fully determine judgment in individual cases is not sufficient to turn law application from a legal into a political operation. It remains a legal operation if what the judge adds to

the text of the law in the process of interpretation has its basis in the text and can be derived from it in a reasonable argumentative manner. If not it becomes a political one. The task therefore is to distinguish between legal and non-legal arguments, be they political, economic or religious. This decision can only be taken within the legal system. No other system is competent to determine what counts as a legal argument. Within the legal system the distinction between a legal and a non-legal argument is the concern of legal methodology. By doing so, methodology attempts to eliminate subjective influences from the interpretation of the law so far as possible. This is why the distinction between legal and non-legal operations in the course of law application becomes largely a question of legal method.

Yet, different from the text of the law that is the product of a political decision and thus not at the disposition of judges, methodology is itself a product of legal considerations. It emerges in the process of interpreting and applying the law or is developed in scholarly discourse, but it is nowhere decreed authoritatively. This suggests that various methodologies can coexist, as can different variations of a certain methodological creed. Method is a matter of choice within the legal system. All historical attempts by legislators to prohibit interpretation or to prescribe a certain method have been in vain, since they have themselves been subject to interpretation. But the lack of one authoritative method does not mean that methodology can justify any solution and thus loses its disciplining effect on judges. Just as certain legal orders have their time in history, so too do methodologies. There is usually a core of accepted arguments or operations and a number of arguments or operations that are regarded as unacceptable. The degree to which a method can succeed in eliminating all subjective elements from interpretation is controversial, though there were, and are, methods that claim this capacity.

One historically influential method that promised to eliminate subjective influences was legal positivism, not in its capacity as a theory of the validity of law opposed to all natural law theories, but in its capacity as theory of legal interpretation. For a positivist in this sense the legal norm consists of its text and nothing else, and the only instrument to discover the meaning of the text is philology and logic, i.e. neither the legislative history, nor the motives or the intent of the legislature, nor the values

behind the norm, nor the social reality that brought forth the problems the norm was meant to solve and in which it is to take effect, nor the consequences the interpretation may entail. There can be but one correct understanding of a norm and this remains correct as long as the norm is in force, no matter how the context changes.

The problem with positivism was, on the one hand, that it could not fulfil its promise to eliminate all subjective influences on interpretation. Rather these influences were infused into the interpretation in a clandestine way, mostly in connection with the definition of the notions used by the legislature. On the other hand, positivism prohibited an adaptation of the law to social change by way of interpretation. Since the social reality in which the norm was to take effect was regarded as irrelevant for the interpretation, a positivist could not even perceive of social change. Of course, a positivist would not have denied that, because of social change, a legal norm may miss its purpose and produce dysfunctional results. But this was regarded as a matter for the law-maker, not for the law-applier. It was this deficit that largely contributed to the decline of positivism after the far-reaching social change in the wake of the Industrial Revolution and World War I.

There is yet another influential theory of interpretation that claims to preclude all subjective influences, namely originalism. Different from positivism, originalists believe that only a historical method is the right way to ascertain the meaning of a legal norm. The law-applier must give a norm, in particular a constitutional norm, no meaning other than the one that the framers had had in mind. Sometimes originalism appears in a crude way that excludes the application of a norm to any phenomenon the framers could not have known. If the First Amendment to the U.S. Constitution protects the freedom of the press, this would not allow the law-applicant to extend the protection to radio and TV by way of interpretation. Sometimes originalism appears in a more enlightened form. The law-applier is then permitted to ask whether the framers clearly would have included a new phenomenon had they known it at the time the law was enacted. In this case it would be methodologically permissible to include radio and TV into the protection of the First Amendment by way of interpretation. But like a positivist an originalist is not prepared to acknowledge that there can be more than one sound interpretation

of a norm and that the interpretation can legitimately change when the circumstances change in which it is applied.

The problem with originalism is first a practical one. In most cases it is difficult, even impossible, to discern the original understanding or the original intent. It is even more difficult if many persons are involved in the process of constitution-making, many of whom may not have expressed their understanding or intent. For this reason ascertaining the original intent or understanding is often a highly selective process, in which some utterances of actors are singled out and taken for the whole. The second problem is the similar to that which positivism encountered. There is extremely limited, or even no, room for adapting legal norms to social change. If social change affects the constitution adversely the only remedy is to amend the text, which can be extremely complicated in a country like the United States. The constitution tends to petrify, in opposition to the theory of a living constitution.

Although one would have difficulties in finding positivists or originalists in Germany, these methodologies are by no means of historical interest only. Positivism, or more precisely a crude literal understanding, plays a considerable role in a number of post-communist countries and in parts of Latin America. Originalism has a stronghold in the United States in reaction to the activist Warren Court of the 1950s and 1960s. In Germany, the idea that a legal method exists that can exclude any subjective element from the interpretation of legal norms is no longer maintained. The same is true for the majority of American legal scholars. But the consequences drawn from this premise differ considerably in the two countries. A very powerful school in the United States, Critical Legal Studies, is of the opinion that not only law-making is a political operation, but also is the interpretation and application of law, with the only difference being that the legislature operates in a political setting while judges operate in a judicial setting. As a further consequence, the focus of academic interest in the law differs. The question many American jurists tend to ask is: how will the courts decide? The dominant question in Germany would be: what is the correct decision?

In the last resort a different attitude toward the autonomy of the law appears behind the two concepts. While adherence to Critical Legal Studies does not leave much room for scholars to recognize the

autonomy of the legal system, in Germany at least a relative autonomy of the law is widely accepted. This concept acknowledges on the one hand that law is a political product. It emerges from the legislative process, where political arguments dominate. On the other hand, once enacted the law is disconnected from politics. It is up to the legislature to decide whether a legal norm remains in force or not. But as long as it is in force its application does not follow political criteria. It is not only a difference in the institutional setting of political and judicial decisions. There is also a specific rationality of the legal system, which differs from the rationality of the political system.

This difference is not without impact on the recruitment and the behaviour of judges. If interpretation and application of the law is regarded as a political operation, the political preferences and affiliations of the judges are important, whereas they do not matter as much when the neutralizing effect of legal rationality is recognized. The degree of politicization of the judiciary is linked to this. It explains at the same time the constant concern of the American constitutionalists as well as the American public with the so-called counter-majoritarian difficulty or the undemocratic character of judicial review, which is more or less absent in Germany and other countries where the establishment of judicial review was a reaction to the experience with non-democratic regimes.

An inside perspective of a constitutional court can confirm the extent to which doctrine and methodology are able to bridge ideological differences. During my term on the bench I could observe that decisions were not necessarily result-driven. Legal arguments mattered and it happened quite often that members of the court changed their mind because of the arguments exchanged in the deliberation. Of course, this observation in one court cannot be generalized. But it certainly shows the importance of requiring judges to give reasons for a decision. It is true that there may be good reasons for different results, but it is also true that not every result can be supported by legal reasons.

Which method guides the German Constitutional Court when it decides constitutional conflicts? Authentic descriptions by the Court itself are rare, and where they appear in an opinion they do not come in form of a systematic and coherent explanation. Courts hardly discuss methodological questions, let alone describe in their opinions which method they followed.

The method is practised, not theoretically developed. This means that it must be inferred from the way a court usually reaches its solutions. Easier than a positive statement on which method the Court adopts is the negative statement on what it avoids: there are neither positivists nor originalists on the bench in Germany, which means neither that the text of the constitution is neglected nor that historical arguments are absent.

In general terms, the prevailing method can be described as purposive or functional. Constitutional norms are regarded as expressions of values or principles that society wanted to establish on the highest legal level. These values, in turn, inform the concretization of those constitutional provisions that apply to a concrete case. The goal of interpretation is to give utmost effect to these values or principles behind the text. Whenever the meaning of a constitutional provision vis-à-vis a concrete issue is to be determined, the Court asks for the objective that a constitutional provision pursues or for the function that it is to fulfil in society. Why shall the media be free? Why does the family enjoy the special protection of the state? Why is parliament limited in delegating legislative power to the executive? Why are political parties obliged to organize themselves democratically and to lay open their finances?

The result of value inquiries matters. It makes a difference whether the idea behind freedom of the media is to give owners and journalists the possibility to disseminate their individual opinions to a larger public or whether it aims to allow owners to make as much profit as possible, or whether it is meant to enable the individual recipient to form his or her opinion and to guarantee that society gets the information it needs in the interest of self-government. In the two first cases media regulation would present a constitutional problem, in the third case it may be a constitutional obligation. If a conflict between constitutionally protected values arises the Court does not establish a hierarchy among them but tries to harmonize them in a way that both retain as much as possible of their content. Thus balancing becomes an important tool for the Court when it adjudicates fundamental rights issues.

The methodological maxim, according to which the purpose of the constitutional provision at stake shall be given the utmost effect, has a further consequence that characterizes the methodological attitude of the

German Court: what the utmost effect is cannot be ascertained without knowledge about the segment of social reality in which the constitutional provision is to take effect. Legal norms are formulated in the context of a certain state of social reality. Next to text and purpose this context is constitutive for the meaning of the legal norm. But different from the text and the purpose, which are determined by the legislature and remain the same as long as the norm is in force, the context is subject to social change. As a consequence, an interpretation that served the purpose best under certain conditions may cease to do so under changed conditions.

If this is so, sticking to the original interpretation can lead to suboptimal results. It can even miss the function of the norm completely and produce dysfunctional results. The Court's jurisprudence takes social reality into account in order to ensure that the law keeps up with new challenges and retains its normative force vis-à-vis new problems. The Court even goes one step further and asks for the probable consequences of alternative interpretations in the real world and then chooses the interpretation whose consequences are closer to the normative purpose. In this way, it reacts in particular to new threats to constitutionally protected liberties that arise from scientific and technological developments and their commercial use and thus broadens the protective scope of fundamental rights.

In sum, this method endows the constitution with high practical relevance. A number of important doctrinal innovations owe their existence to this approach, such as the principle of proportionality, the horizontal effect of human rights, and the constitutional obligation of the legislature to protect fundamental rights against menaces from private actors or societal forces. They have since been adopted in many new constitutions or in the jurisprudence of many constitutional courts. Yet, it is just this dynamic interpretation of the Court that returns us to the question of the law-politics divide. At what point does a new interpretation amount to an amendment of the constitution? Of course, in a formal sense an amendment requires a textual change of the constitution. This cannot be done by a court. In a more substantive sense, however, changes in the meaning of given text may have a bigger impact than textual changes.

In sixty years, the Basic Law has been formally amended 52 times. Yet, the changes by way of interpretation, particularly in the field of fundamental rights, are certainly of a similar if not greater impact. Is there

a borderline behind which interpretation turns from a legal into a political operation? The answer cannot be different from the one given earlier. As long as the interpretation is derived from the text in a legally acceptable way, it remains within the realm of the law. The political consequences may nevertheless be severe. Every new content that a court derives from constitutional norms changes the balance between the political branches of government and the judiciary, mostly in favour of the latter. Sometimes this is called judicial imperialism. But it is necessary to distinguish between intent and effect. The intent of courts usually is to give effect to constitutional requirements. The effect often is a gain of power that corresponds with a loss of power on the side of the legislature. Still it seems very difficult to convince courts not to enforce what for them follows from the constitution.

In this situation many authors resort to judicial self-restraint as a remedy. But self-restraint, as commendable as it might be, is but an appeal to professional ethics, not a legal rule. Descriptively, one can distinguish between active and deferential courts. Prescriptively, no operational criteria are visible. Too many factors are at stake, and often closer analysis shows that an interpretation which looks extremely bold is well-founded under the circumstances in which it was taken. In addition, it is by no means clear that there is a connection between judicial self-restraint and the degree of politicization of courts. The German Constitutional Court, for example, is more active than the U.S. Supreme Court but it is less politicized.

A more promising tool to limit the expansion of judicial power is the amending power. Courts are bound by the text of law. Changing the text belongs to the political power. The political powers can re-programme the judiciary when they disapprove of their jurisprudence. There is, however, one important difference between ordinary courts and constitutional courts. If the legislature is of the opinion that the interpretation of a law runs against their legislative intention it can change the law with a simple majority. Constitutional courts apply the constitution whose amendment is usually more difficult and for good reasons. Yet, only by amending the constitution can the political branches of government correct or re-programme constitutional courts. Therefore, amendments should not be made too difficult. When they are very difficult, as in the United States, the burden of adapting the constitution to new challenges lies on the judges'

shoulders and makes them more political. If the judges shy away from carrying this burden, say for methodological reasons like originalism, and the amendment procedure is extremely difficult, it is to the detriment of the normative force of the constitution.

Amendments are an external corrective to the power of courts. But there is also an internal corrective: even if it is true that, what is legally acceptable and what is not can only be defined in the legal system, it is never defined once and for all and judges are not the only actors to take part in the ongoing discussion. It is therefore extremely important that constitutional courts are embedded in a lively discourse in which the division of functions between the political and the juridical branches of government, the acceptability of legal methods, and the soundness of interpretations are constantly evaluated and readjusted. Judicial independence is not in danger when judges pay attention to the reaction their decisions elicit in society.

“Doing Business” as a Purpose of Civil Justice? The Impact of World Bank Doing Business Indicators on the Reforms of Civil Justice Systems: Italy as a Case Study*

Remo Caponi
Università di Firenze

A. The discourse about the purposes of civil justice systems is a classic topic of civil procedure scholarship.¹ The distinction between conflict-resolution and policy-implementation goals as elaborated by Mirjan Damaška in his seminal book on the faces of justice and state authority² can serve as an appropriate starting point. The downsides of this distinction are well-known.³ Yet, the presence of dichotomies within the field of civil procedure is deeply rooted in its history. Civil procedure has suffered, probably more than other fields of law, from the fixing of boundaries among branches of law, in particular from the great divide between private and public law, which is a historical peculiarity arising from natural-law doctrine (XVII and XVIII century).

According to the natural-law doctrine, the *raison d'être* of civil procedure is to overcome the *status naturalis* in the *status civilis*, as a means to

* The research leading to this contribution has received funding in the framework of the research project of national interest (PRIN) 2012 (2012SAM3KM) on Codification of EU Administrative Procedures, financed by the Italian Ministry of the University (coordinator Prof. Jacques Ziller, University of Pavia).

¹ This first section draws on Caponi, *Harmonizing Civil Procedure: Some Initial Remarks*, in: Kramer/Hess (Hg.), *From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure*, Nomos/Ashgate, 2017.

² Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, 1986.

³ Zekoll, “Comparative Civil Procedure”, in: Zimmermann/Reimann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, 1335.

overcome resort to self-help.⁴ The regulation of civil proceedings became a fundamental part of public law,⁵ constituting a pillar of state building in continental Europe: the prohibition of self-help and state civil justice, as a trade-off for such a prohibition. On the other side, the basic elements of civil proceedings (from standing to sue, to adjudication) were aimed at protecting the “new bourgeois individual” and his economic freedom in a fragmented and individualistic perspective on social relationships. Thus, civil procedure was Janus-faced or acted as an interface: one face looked to public law, as civil proceedings are mainly set up by the state; the other looked to private law, as civil proceedings aim to protect individual rights. The great divide between private and public law caused the theory and practice of judicial protection of rights to be affected by a sort of magnetic field and to oscillate between these two opposite conceptual poles.

The tension between the private interest of litigants and the public interest of the State as a provider of dispute resolution services is an “eternal” feature of civil procedure. However, the extent to which the State (or the polity) is involved in the business of dispute resolution may vary considerably across time, ranging from a minimum in which the only relevant public interest is to keep the conflict-resolution services running at the minimum cost, chiefly providing incentives for the litigants to settle their dispute through an alternative dispute resolution procedure, to a maximum in which the resolution of the dispute is the occasion for the State (or the polity) to apply a body of substantive law, implementing where appropriate social goals and policies going beyond the mere resolution of a dispute. This holds even truer in the European Union, as the regulation of disputes with cross-border implications by the European law of civil procedure is a remarkable example of the presence of public policy concerns, in terms of the unobstructed operation of the internal market and development of an area of freedom, security and justice. Therefore, taking into account current developments in western legal systems, the key opposition, as to the goals of civil justice systems, appears to be between the “pure and simple” (interest-based) settlement of disputes and the application of the law on the occasion of

4 *Nörr*, *Naturrecht und Zivilprozess*, 1976, 3, 48.

5 *Boehmer*, *Ius publicum universale, ex genuinis iuris naturae principii deductum et in usum iuris publici particularis quarum cunque rerum publicarum adornatum*, Halae Magdeburgicae, 1710, 499.

the (settlement of the) dispute. In this context, the only shared principle (besides independence and impartiality of the court, and the right to be heard) might be the key element of a common political culture, which places the rights of the individual at the centre of economic, social and legal activity. Placing the individual at the centre of the economic and legal system follows the principles of party autonomy and party disposition that shape dispute resolution methods. Accordingly, it is for the parties and not the government to choose suitable dispute resolution methods and to decide upon its commencement, scope and termination.

One is confronted with two competing accounts of the role of civil justice. There is the older (or rather: classical) one, according to which European states, as polities embodying the rule of law, are committed to the principle that relationships among its citizens must be governed by the law and not by the survival of the fittest. Dispute resolution methods should also be governed by a system of public and private law fairly applied and evenly enforced. Since the government is involved as provider of dispute resolution services, the state justice system has a duty to implement public policies that go beyond the “pure and simple” resolution of the dispute. The first policy is to enable the parties to choose dispute resolution mechanisms in a way that is truly free and informed, removing various barriers to access to justice. Second, to apply the law on the occasion of a dispute is the primary purpose of the civil justice system. The resolution of the dispute is not only about protecting individual rights. Nor simply is it about restoring peace between the parties to a dispute. The determination and enforcement of rights leads to the ongoing development and improvement of the law itself. The law is preserved in judgments, and only judgments can develop the law.

By contrast, a newer account of dispute resolution emerged in the great debates on ADR in the mid-1980’s in the United States and in the mid-1990’s in Europe, as well as the subsequent implementation of ADR programs on both sides of the Atlantic, which was an essential break with tradition in Western dispute resolution. Until then, settling a dispute through an out-of-court agreement or litigating the case before courts and seeking adjudication reflected the individual choice of the parties. After the large scale development of ADR schemes, the alternative between settlement and adjudication has become an institutional choice.

Litigation before state courts, on this model, tends to be a last resort. There is a general preference for alternative dispute resolution over judicial proceedings before state courts and hard law. By way of example, according to the Consumer ADR Directive, even when the ADR entity “imposes” a particular outcome on the consumer, this solution need not comply with the general law – but only with that part of consumer protection law that the parties cannot derogate from to the detriment of consumers (Art. 11).⁶ Further arguments to support ADR procedures point to those kinds of disputes which are more suited for settlement through mediation and other alternative dispute resolution approaches.

B. The aim of my presentation is to show the extent to which the use of indicators for evaluating and comparing the performance of national judicial systems is not only able to describe the state of affairs in the civil justice systems, which are the target of these surveys, but also to exert pressure for changes in the purposes of the judicial systems at large.

C. There is no generally shared meaning for the term ‘indicator’, but for the sake of this paper the following definition suffices:

“An indicator is a named collection of rank-ordered data that purports to represent the past or projected performance of different units. The data are generated through a process that simplifies raw data about a complex social phenomenon. The data, in this simplified and processed form, are capable of being used to compare particular units of analysis (such as countries, institutions, or corporations), synchronically or over time, and to evaluate their performance by reference to one or more standards”.⁷

The production of indicators in global governance has, from the start of this century, rapidly spread.⁸ Focusing only on the use of indicators in cross-country comparative surveys of judicial systems, one

6 *Wagner*, “Private Law Enforcement through ADR. Wonder Drug or Snake Oil?”, 51 *Common Market Law Review* 2014, 165, 177.

7 *Davis/Kingsbury/Engle Merry*, Indicators as a Technology of Global Governance, in: 46 *Law & Soc’y Rev.* 71 *Law and Society Review*, 2012, 71, 73.

8 For a global account, *Davis/Fisher/Kingsbury*, *Governance by Indicators. Global Power through Classification and Rankings*, 2012; *Davis/Kingsbury*, *Indicators as Interventions: Pitfalls and Prospects in Supporting Development Initiatives*, 2011, <http://www.rockefellerfoundation.org>, (zuletzt abgerufen 22.9.2017).

can enumerate a number of institutions that create or propagate indicators. Most influential are the data about the performance of judicial systems that are produced – within wider comparisons including rankings on the attractiveness of different legal systems for doing business – by the Doing Business Project (World Bank Group).⁹

This project found fertile ground not only in developing countries, but also in Europe, where the “sound operation” of the internal market, i.e. a policy relating to the economic growth, represented the public policy goal that led to the adoption of rules of judicial jurisdiction intended to be both highly predictable and to simplify the enforcement of judgments in the Member States.¹⁰ In light of the success of the Doing Business annual reports, it is not difficult to explain the emergence of detailed evaluation report on European judicial systems, published every second year since 2006 by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)¹¹. This biennial report aims to measure and compare the efficiency and effectiveness of European judicial systems. It has been used since 2013 as a database to create a simplified and more appealing information tool, which aims to shed light on the quality, independence and efficiency of justice systems as co-determinants of economic growth in the Member States of the European Union¹² Finally, in 2013 a cross-country inquiry into the performance of judicial system with a wealth of measurements and quantitative data was carried out under the auspices of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD).¹³

⁹ www.doingbusiness.com, (zuletzt abgerufen 22.9.2017).

¹⁰ ECJ 10 February 1994 – Case C-398/92 (*Mund & Fester*) [1994] ECR I-474 is a landmark decision on the link between the Brussels Convention and European integration. The Maastricht Treaty placed judicial cooperation within the competence of the Justice and Home Affairs Pillar of the European Union (the so-called third pillar). The Amsterdam Treaty amended Art. 65 of the EC Treaty to give the Community competence for “improving and simplifying [...] the recognition and enforcement of decisions in civil and commercial cases, including decisions in extrajudicial cases”. On that basis, the Brussels Convention was replaced by Council Regulation EC 44/2001 and the underlying public policy concerns have been widened towards the objective of maintaining and developing an area of freedom, security and justice, where the free movement of persons is ensured. Under the Lisbon Treaty, this subject matter is governed by Arts. 67 and 81 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

¹¹ The CEPEJ was established in 2002 within the Council of Europe. www.coe.int, (zuletzt abgerufen 22.09.2017); the fifth report was published in 2014, *Uzelac*, Efficiency of European Justice Systems: The Strength and Weaknesses of the CEPEJ Evaluations, in *International Journal of Procedural Law*, 1 (2011), 106.

¹² The tool referred to is the EU Justice Scoreboard published since 2013 by the EU Commission. http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2014_en.pdf, (zuletzt abgerufen 22.09.2017).

¹³ *Palumbo/Giupponi/Nunziata/Mora-Sanguinetti*, Judicial Performance and its Determinants: a Cross-Country Perspective, <http://www.oecd.org>, (zuletzt abgerufen 22.09.2017).

The increasing use of indicators to evaluate and compare judicial systems may at first be difficult to understand. It is indeed pertinent to ask to what extent the diversity of arrangements and institutions through which justice is administered around the world can be grasped and equalized by a kind of one-size-fits-all toolbox of indicators. Answering this question would require a close look at the social processes surrounding the creation and use of indicators in the field of civil procedure.

D. One can start along this path by assessing the impact of indicators on the reforms of the Italian civil justice system in the last ten years.

In the early summer of 2014, the Renzi government announced a number of reforms of the judicial system.¹⁴ The programme also included changes in the field of civil procedure, which were rapidly enacted in Autumn 2014.¹⁵

These changes aim to both decrease the duration of civil proceedings at first instance and to reduce the huge backlog of cases before the Italian courts. Whether the legislator should take action is assessed through comparative data about the duration of civil proceedings in a dozen countries, drawn on the “Doing Business 2014” Report of the World Bank. Further numerical data about backlogs of cases, the “productivity” (i.e. clearance rate) of courts, and the duration of proceedings are taken from the 2014 edition of the “EU Justice Scoreboard”, issued by the EU Commission.¹⁶

According to these surveys, when a business operating in Italy files a lawsuit, it must wait three times longer to obtain a final decision *vis-a-vis* competitors operating in Sweden, the best performing judicial system among those taken into consideration. The Italian government claims that undue delays hamper economic growth and, secondly, violate the right to a fair trial.¹⁷

Relying on these data, the Italian government decided to take action, which involved promoting a kind of court-annexed arbitration, and negotiation supported by the parties’ counsel.

¹⁴ <http://tinyurl.com/pnfz9tf>, (zuletzt abgerufen 22.09.2017).

¹⁵ Decree no. 132/2014 and Law no. 162/2014.

¹⁶ <http://preview.tinyurl.com/kvbxk4g>, (zuletzt abgerufen 22.09.2017).

¹⁷ European Convention of Human Rights, Art. 6; Italian Constitution, Art. 111.

This short account brings to light a number of significant elements: first, the use of indicators to evaluate the performance of a judicial system in comparative perspective; second, the reliance on indicators created or propagated by international institutions, such as the World Bank and the European Commission, rather than on those produced by domestic agencies such as the National Institute for Statistics (Istat),¹⁸ which is the main producer of statistical data in Italy, or the Ministry of Justice¹⁹, which is the main producer of judicial statistics, institutions which are in a closer position to gather data about the Italian judicial system; third, the overriding consideration that the performance of the domestic judicial system primarily impacts the country's economic growth, and as a secondary concern delay jeopardises the right to a fair trial; fourth, the capacity of indicators to determine the need for reforms, stimulating them, and orientating their substance.

Yet, the most surprising element does not emerge from the above narrative. It is the complete silence of Italian legal scholarship in civil procedure about this set of phenomena,²⁰ although their existence along with the reform process of civil procedure can be traced back to 2005, less than two years after the first appearance of the Doing Business Reports.²¹ This is easily explained through illuminating the differences between the key aspects of the reform process in Italy before and after the advent of the Doing Business Project.

E. Civil litigation in Italy is governed by the Code of Civil Procedure, which entered into force in 1942 and is still in force, although it has been heavily amended.²² Most reforms had been adopted by specific laws, dedicated to civil procedure, mostly amending the code.²³ They pursued different, even opposing goals over time, and have been more or less successful at achieving these goals: lawyers' laziness had been perhaps

¹⁸ www.istat.it/en, (zulezt abgerufen 22.09.2017).

¹⁹ www.giustizia.it, (zulezt abgerufen 22.09.2017).

²⁰ *Grazzadei* (Hg.), *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2012, which does not specifically address the use of indicators in the field of civil procedure, the only (partial) exception being *Takahashi*, *The emergence of judicial statistics in England and Wales*, 81.

²¹ The first report Doing Business 2004 was published in 2003.

²² *De Cristofaro/Trocker*, *Civil Justice in Italy*, 2010, 1.

²³ Cf. above all Law no. 581 of 1950; Law no. 533 of 1973; Law no. 533 of 1990; Law no. 374 of 1991; Law no. 51 of 1998.

too much tolerated by the reform of 1950; proceedings had been perhaps too much tightened by the reform of 1973, regulating special proceedings about labor disputes. Each reform had rationales and objectives that are typical of procedural reforms, especially in a Civil Law country. On the one hand, reforms try to balance access to the courts and effective judicial protection of rights, on the other, they promote the right to be heard. In a few cases, laws introducing new substantive rights, or remarkable changes to existing rights, also included new procedural devices in order to ensure effective judicial protection of such rights.²⁴

The last remarkable reform before the advent of the Doing Business Project consisted in the introduction of special proceedings concerning corporate disputes in 2003²⁵. It marked a new approach to the regulation of ordinary proceedings, providing a number of written exchanges between the lawyers before the court is addressed in order to manage the proceedings. This kind of made-in-Italy ‘adversarial’ pleading from the outset bristled with difficulties for lawyers, and proved to be inefficient over time and therefore doomed to failure. It was abolished in 2009.²⁶ Yet, it was still in tune with the Italian approach to legislative changes in the field of civil procedure, as to three fundamental aspects: *a)* since the reform of 1973 (at the latest), the idea that the same procedural rules should be available for all civil law suits (i.e. the “transsubstantive” character of procedural rules, to speak in U.S. jargon) has been fundamentally rejected and an approach heading toward a “differentiated judicial protection of rights” has been adopted, with a view to ensuring a more effective judicial protection of rights (*tutela giurisdizionale differenziata*, an approach and expression coined by Andrea Proto Pisani)²⁷; the reform of 2003 followed this approach, linking the introduction of new proceedings to changes in the field of corporate law; *b)* the purposes of legislative changes were quite typical of procedural reforms i.e. a more speedy and effective dispute resolution, in tune with the fair trial guarantee, without any reference to the country’s

²⁴ Art. 28, Law no. 300 of 1970, Statuto dei lavoratori.

²⁵ Art. 12, Law 366/2001 and D. lgs 5/2003.

²⁶ Law no. 69 of 2009.

²⁷ In recent years, however, A. Proto Pisani seems to have changed his mind on this point, in light of misleading applications by the lawgiver over time, cf. *Riflessioni critiche sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Lavoro e diritto*, 2014, 537.

economic growth (although such a reference might have been appropriate, in light of the substance of the reform); *c)* finally, the reform of 2003 was enacted by means of a specific law, dedicated to changes in the field of civil procedure.²⁸

F. One can detect dramatic changes to this approach to civil justice reform since 2005, that can be fully explained only if takes account of the ongoing influence of the Doing Business annual reports and their success in attracting the attention of policy-makers and government officials in Italy.

The Doing Business Project has already provoked a considerable amount of reactions from legal scholars in the United States and beyond. Yet, there are a number of reasons why it is timely for a civil procedure scholar to intervene with comments²⁹. First of all, the pilot-project that led to the launch of the Doing Business Project was a world-wide survey on civil procedure.³⁰ Secondly, consider the thesis underpinning the Doing Business Project, i.e. that legal origin impacts economic growth and the common law is more conducive to economic growth than the civil law. Now, while the difference between civil and common law might not be relevant for most areas of law surveyed by the legal origins literature, yet, the civil law/common law divide remains relevant for civil procedure.³¹ Thirdly, both explanations proffered for the greater impact of the common law on economic development – greater independence of common law judges and the greater adaptability of the common law – are both mainly grounded in differences of procedure.³²

By focusing on the key features of the Doing Business reports one can identify how these reports are the fundamental cause of the changes in Italian civil procedure since 2005.

28 Cf. Decreto legislativo no. 5 of 2003.

29 The Doing Business Project and has not gained the attention of civil-procedure scholars yet, with few exceptions, *Kern*, Justice between Simplification and Formalism. A discussion and critique of the World Bank sponsored Lex Mundi Project on Efficiency of Civil Procedure, 2007.

30 Cf. Working Paper n. 8890 (2002) of National Bureau of Economic Research (Cambridge, Massachusetts), <http://www.nber.org>, (zuletzt abgerufen 22.09.2017); *Djankov/La Porta/Lopez-de-Silanes/Schleifer*, Courts, Quarterly Journal of Economics, 2003, 453.

31 *Damaška*, The Common Law / Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction, in: Chase/Walker (Hg.), Common Law, Civil Law and the Future of Categories, 2010.

32 *Michaels*, Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis Doing Business Reports and the Silence of Traditional Comparative Law, 57 The American Journal of Comparative Law, 765 (2009), 781.

First of all, changes in civil procedure are frequently included in “omnibus” statutes, no longer in specific (i.e. dedicated only to civil procedure) statutes. Such statutes normally introduce new regulations relating to a number of areas of the life of a business, e.g. starting a business, obtaining credit, paying taxes, trading across borders, enforcing contracts, resolving insolvency, etc. Most of these topics are included in the Doing Business report on the ease of doing business. Furthermore, such statutes are labelled with a kind of catch-all purpose, such as economic growth, development, and competitiveness.³³ Such statutory provisions are particularly apt to gain the attention of the Doing Business’ expert team in subsequent rounds of evaluation, promoting a country’s position in the global ranking.

Regulation texts are drafted more than ever by government officials, with little exposure to debate and critique. Indeed, government officials frequently attend international meetings and participate in international networks, where the pressure generated by international and regional ranking is far stronger than in a domestic setting.

Parliamentary control and ratification of governmental regulation is often carried out by the Industry or Trade Committees, where parliamentarians with a legal background are seldom present. Justice and Legal Affairs Committees, which are largely comprised of lawyers, play only a marginal role. This does not occur by chance, but reflects to some extent the main findings of the pilot study that triggered the Doing Business Project: “we find that [...] formalism is systematically greater in civil than in common law countries, and is associated with higher expected duration of judicial proceedings, less consistency, less honesty, less fairness in judicial decisions, and more corruption”.³⁴ It comes as no surprise that governments in civil law countries, which are eager to please Doing Business reports, try to marginalize the lawyers’ role, particularly when they are civil procedure and litigation experts.

A further feature of the recent Italian civil procedure legislation, which can best be explained as a consequence of the pressure exercised by the Doing Business Report, is the proliferation of new statutes in the

³³ Cf. Law no. 80 of 2005, Law no. 69 of 2009, Law no. 99 of 2009, Law no. 27 of 2012, Law no. 92 of 2012, Law no. 134 of 2012, Law no. 98/2013, Law no. 162 of 2014.

³⁴ *Djankov/La Porta/Lopez-de-Silanes/Schleifer*, op. cit. (Fn. 31), 453.

last ten years. Since 2005, new statutory provisions have entered into force almost continuously, which tracks the cycle of the annual or biennial reports of the ranking institutions.

Moreover, it is the entering into force of the statutes that counts, and not its effective implementation, because the former can be better reckoned in statistics than the latter.

Mediation and arbitration are promoted instead of adjudication, because ADR is a cheaper means of dispute resolution than judicial proceedings.

Finally, grounds of judicial appeal are narrowed, as the delays they generate are not in tune with the theoretical model of an ideal court that eases business, whereby a dispute “can be resolved by a third on fairness grounds, with little knowledge or use of law, no lawyers, no written submissions, no procedural constraints on how evidence, witnesses, and arguments are presented, and no appeal”³⁵.

G. If I had the occasion to analyze the causes of the inefficiency of Italian civil justice system, I could easily show that the complexity and distinctive features of each national judicial system cannot be captured by the use of quantitative indicators.

By way of example, according to the EU Justice Scoreboard, “the efficiency of a judicial system should already be reflected at first instance, as the first instance is an obligatory step for everyone going to court”. However, today, ordinary proceedings are no longer the key instrument for ensuring judicial protection of rights in Italy. In fact, over the last few decades, they are becoming less and less important, even residual, to that end. In order to take a correct view of the real states of affairs in Italy,³⁶ one should take into consideration a large number of “special” proceedings, which normally enable claimants to get effective and efficient judicial protection of rights in a wide range of situations. As of 2013, the number of cases brought into the courts by way of special proceedings

³⁵ *Djankov/La Porta/Lopez-de-Silanes/Schleifer*, op. cit. (Fn. 31), 455.

³⁶ Cf. for an inquiry into the causes of Italian civil justice system’s inefficiency, s. *Caponi*, European Minimum Standards for Courts. Independence, Specialization, Efficiency. Glance from Italy, Paper presented at the conference “Europäische Mindeststandards für Spruchkörper”, organised by Althammer, University of Regensburg Law School, and Weller, EBS Law School, at the University of Regensburg on 12–13 November 2015, in Althammer/Weller (Hg.), *Europäische Mindeststandards für Spruchkörper*, 2017, 139–164.

(especially payment orders and provisional measures) was substantially higher than the number of plenary proceedings.³⁷

H. However, there is no basis for dismissing the use of indicators as so seriously deficient that they do not even deserve mention or contestation.

Exploring the Doing Business Project can be fascinating and rewarding for a lawyer, particularly a scholar in civil procedure, as it helps dispel the sense that civil procedure is distinct from the other fields of the law, to say nothing of the sense of remoteness of civil procedure from the society at large.

At first sight, this revelation seems to be in tune with Mauro Cappelletti's viewpoint about the role of procedural law. As he put it:

Procedural law is not just about techniques – methods to regulate the business of courts. Procedural law, in the first place, details the role of government, through public courts, in settling disputes, creating new substantive rules and policies, and implementing policies through law. Important public policies are at stake in decisions about when to encourage parties to litigate, how to shape their factual and legal claims, and whether to promote a strictly legal resolution as opposed to a negotiated settlement. How much law regulates social behavior depends in large part on how the machinery of justice is constructed.³⁸

However, the global ideological setting in which indicators have been implemented in the field of civil procedure is different from that one in which Cappelletti wrote. As U. Mattei put it:

Cappelletti's work [...] witnessed a moment of general optimism in the public interest model, an idea of an activist, redistributive, democratizing, public-service-minded approach to the public sector in general and to private law in particular. In this intellectual mode of thought, the Welfare State in Western Societies was seen as a point of arrival in civilization,

37 For further details on the special proceedings in the Italian civil justice system, s. *Caponi*, A Masterpiece at a Glance. Calamandrei, *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*, in: Cadiet/Hess/Requejo-Isidro (Hg.), *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, 2015, 373–380.

38 *Cappelletti/Garth*, Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, in: David et al. (Hg.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, (M. Cappelletti Hg.), vol. XVI Civil Procedure, 1987, 1.

and access to justice was the device through which communities could provide law as a public good, after having provided shelter, healthcare and education to the needy. Beginning in the early eighties, the global ideological picture had changed. Neo-liberal policies, inaugurated by prime minister Thatcher in Great Britain, [...] and imported on a much weaker institutional background in Reagan's America, were based on the very basic assumption that the welfare state was simply too expensive. [...] Public shelter, health, education and justice for the poor were the natural "victims" of such budget cuts.³⁹

In my view the turn to neo-liberal policies had an influence on the development of the use of indicators in the field of civil procedure, but deepening this aspect would require a separate inquiry.

To conclude, indicators are tremendously successful in attracting the attention of policy makers and government officials, thus prompting considerable amounts of benchmarking, dialogue and reform⁴⁰. Indicators can be beneficial to foster comparative knowledge of legal systems and promoting reforms. The information gathered through the creation and use of indicators needs however to be integrated and corrected, both on the descriptive and the prescriptive side, far more than it currently happens, by the "local knowledge" of lawyers and social scientists living and working in the targeted countries. This also reflects a certain methodological approach, which is best expressed by Clifford Geertz' words: "Like sailing, gardening, politics and poetry, law and ethnography are crafts of place: they work by the light of local knowledge".⁴¹

However, one should not endorse the Doing Business reports without reservation because they are redefining civil procedure in light of a single end (transaction costs, neoliberal agenda), whereas civil procedure is about rights and other social interests not reducible to economic efficiency.

I. Zusammenfassung: Quantitative Indikatoren für die Evaluation von Rechtssystemen zu verwenden, ist für einen Juristen ein riskantes

39 Mattei, Access to Justice. A Renewed Global Issue?, in: Boele-Woelki, S. van Erp (Hg.), General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, vol. 2, 2007, 383.

40 Davis/Kingsbury/Engle Merry, Indicators as a Technology of Global Governance, Law & Society Review, 46 (2012), 71, 92.

41 Geertz, Local Knowledge. Further Essays in Interpretive Anthropology, 1983, 167.

Unterfangen, weil er oft keine Kontrolle über die Kriterien der Datengewinnung, -auswahl und -präsentation hat.⁴² Trotzdem muss er sich irgendwie daran beteiligen, weil sich der Gebrauch dieser Indikatoren zur Bewertung und zum Vergleich der Leistungsfähigkeit von Rechtssystemen seit Beginn des 21. Jahrhunderts in bemerkenswerter Geschwindigkeit ausgebreitet hat. Indikatoren haben die Aufmerksamkeit von Politikern und Regierungsvertretern erregt; sie haben daher als Werkzeug europäischen und globalen Regierens einen starken Einfluss erlangt.

Wenn man sich nur auf den Gebrauch von Indikatoren in länderübergreifenden Vergleichsstudien der Justizsysteme fokussiert, kann man eine Reihe von Institutionen aufzählen, die Indikatoren schaffen oder propagieren. Am einflussreichsten sind die Daten über die Leistungsfähigkeit von Justizsystemen die – innerhalb eines breiteren Vergleichs einschließlich des Rankings der Attraktivität verschiedener Rechtssysteme für Geschäfte – im Rahmen des *Doing Business Projekts* der Weltbank-Gruppe geschaffen werden. Dieses Projekt hat nicht nur in Entwicklungsländern, sondern auch in Europa einen Nährboden gefunden. Im Lichte des anhaltenden Erfolgs der jährlichen *Doing Business Reports* erklärt sich, warum der sehr detaillierte Evaluationsbericht über die europäischen Justizsysteme, der seit 2006 alle zwei Jahre durch die European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) herausgegeben wird und darauf zielt, die Effektivität und Leistungsfähigkeit der Rechtssysteme der europäischen Länder zu messen und zu vergleichen, seit 2013 als Datenbank genutzt wird, um ein vereinfachtes und ansprechenderes Informationsinstrument zu schaffen: Das EU-Justizbarometer (EU Justice Scoreboard), das durch die Europäische Kommission herausgegeben wird und die Qualität, Unabhängigkeit und Effizienz der Justizsysteme als mitbestimmende Faktoren für wirtschaftliches Wachstum in den EU-Mitgliedsstaaten beleuchten soll. Das EU-Justizbarometer kann auf seine Weise die Zersplitterung der Rechtsgrundlagen zur Harmonisierung des Zivilprozessrechts in Europa (insbesondere Art. 81 und 114 AEUV, aber auch Art. 102 und 118 AEUV) überwinden, indem es die nationalen Justizsysteme überwacht und ihre Leistungsfähigkeit vergleicht, mit dem Ziel, sie in funktionaler Hinsicht *de facto* zu harmonisieren.

42 This summary in German draws on Caponi, Das “EU Justice Scoreboard” der Europäischen Kommission, Italien, in: Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union, GPR, 2016, 113–114.

Nach dem EU-Justizbarometer „soll die Leistungsfähigkeit eines Justizsystems schon in der ersten Instanz reflektiert werden, da die erste Instanz für jeden, der vor Gericht geht, ein notwendiger Schritt ist“. Hinsichtlich des italienischen Zivilprozesses trifft diese Aussage nicht zu. Ordentliche Erkenntnisverfahren sind in Italien nicht mehr das Schlüsselinstrument des gerichtlichen Rechtsschutzes. Tatsächlich sind sie in den vergangenen Jahrzehnten immer unwichtiger, ja sogar residual geworden. Um ein korrektes Bild der Lage in Italien zu erhalten, ist die große Zahl an Spezialverfahren zu berücksichtigen, die es dem Kläger normalerweise ermöglichen, in einer Fülle von Situationen effektiven Rechtsschutz zu erhalten. So war im Jahr 2013 die Zahl der beantragten Spezialverfahren (insbesondere Zahlungsbefehle und einstweilige Maßnahmen) wesentlich höher als die Zahl der ordentlichen Erkenntnisverfahren.

Auch der Abschnitt des EU-Justizbarometers zur richterlichen Unabhängigkeit ist insofern verbesserungsfähig, als er auf heterogenen Quellen basiert (Weltwirtschaftsforum zur „wahrgenommenen Unabhängigkeit“, European Network of Councils for the Judiciary und EU-Kommission zur „strukturellen Unabhängigkeit“), was zum Teil zu widersprüchlichen Ergebnissen führt.

Das EU-Justizbarometer hat noch einen langen Weg vor sich, um seine Ziele zu erreichen. Es ist zu empfehlen, dass die Kommission ihre Kompetenz in der Auswahl und Auswertung von Daten verbessert. Die Komplexität und die charakteristischen Besonderheiten eines jeden Justizsystems können durch die Fragebögen, die die Kommission in Zukunft in Europa versenden mag, nicht vollständig erfasst werden. Dennoch können Indikatoren nützlich sein, um vergleichende Kenntnisse über Justizsysteme zu fördern und Reformen zu begünstigen. Die Informationen, die durch die Schaffung und den Gebrauch von Indikatoren gesammelt werden, müssen viel stärker, als dies momentan geschieht, durch Juristen und Sozialwissenschaftler der betroffenen Länder einbezogen und gegebenenfalls korrigiert werden.

Jurisdição Constitucional e Constitucionalização da Pena de Prisão: Desenvolvendo Duas Propostas do Ministro Luís Roberto Barroso para Contenção do *Hiperencarceramento* Brasileiro

Ademar Borges de Sousa Filho

Doutor em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Professor em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado.

RESUMO: O presente trabalho discute estratégias de intervenção da jurisdição constitucional brasileira para superação do quadro de superlotação carcerária no Brasil. Para tanto, o artigo identifica e desenvolve duas propostas formuladas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no STF: a flexibilização dos critérios legais de fixação de regime prisional em crimes de menor gravidade; e a possibilidade de realização de compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais dos apenados. O desenvolvimento e aprofundamento dessas duas propostas já defendidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no STF têm potencial para refrear a cultura de *hiperencarceramento* no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional. Leis penais. Contenção do *hiperencarceramento* brasileiro.

ABSTRACT: This paper discusses how judicial review of criminal laws in Brazil can help overcome prison overcrowding. To this end, the article identifies and develops two proposals formulated by Justice Luís Roberto Barroso of the Brazilian Supreme Court: the flexibilization of the legal

criteria for setting the prison regime in relation to less serious crimes; and the possibility of punitive compensation to be granted to prisoners due to the violation of their fundamental rights caused by inhumane prison conditions. The development of these two proposals already defended by Justice Luis Roberto Barroso have the potential to curb the culture of hyperincarceration in Brazil.

KEYWORDS: Judicial review. Criminal laws. Reduction of Brazilian hypercarceration.

I. O HOMENAGEADO

Para quem se dedica à vida acadêmica, é fácil perceber a importância dos encontros com Professores capazes de provocar, desafiar e incentivar. O Professor Luís Roberto Barroso, orientador da tese de doutorado que apresentei há cerca de um ano, é um caso emblemático do que acabo de dizer. Foi dele a ideia de que eu dedicasse meu doutorado à tentativa de constitucionalizar o direito penal brasileiro. Ingressei no doutorado em direito público na UERJ com um projeto de pesquisa sobre controle de convencionalidade e sua relação com o controle de constitucionalidade. Depois de um período de pesquisa na Universidade de Pisa, na Itália, imaginava que um estudo de direito comparado sobre controle de convencionalidade poderia criar novas ferramentas de proteção de direitos fundamentais pela jurisdição constitucional brasileira.

No primeiro semestre do curso de doutorado, entretanto, ao fim de uma de suas aulas, o Professor Barroso foi direto ao ponto e sugeriu que eu abandonasse meu projeto de pesquisa para abraçar um outro desafio: lançar um olhar constitucional sobre o combalido direito penal brasileiro. Àquela altura, já Ministro do STF, o Professor Barroso constatava, decepcionado, que o direito penal brasileiro estava afundado em uma crise estrutural: rigoroso e injusto com uma imensidão de brasileiros pobres – punidos severamente por crimes patrimoniais e de tráfico de drogas –, não funcionava adequadamente para as camadas mais privilegiadas da sociedade. O país se acostumou a fazer funcionar um sistema de justiça criminal à margem da lei e da Constituição. Estava lançado o desafio. Aceitei sua sugestão e dediquei quatro anos de pesquisa intensa à tentativa de oferecer uma proposta consistente de constitucionalização do direito penal brasileiro.

Cursei o doutorado em direito público na UERJ entre os anos de 2015 e 2019. Nesse período, os desafios para a constitucionalização do direito penal se intensificaram. *De um lado*, no direito penal do mundo real (dos milhões de brasileiros que entram e saem das cadeias superlotadas, violentas e dominadas pelo crime organizado), a violação de direitos fundamentais dos investigados, acusados e apenados se aprofunda a cada dia. A principal tentativa de acionar a jurisdição constitucional como medida anticíclica para conter a espiral de desumanização do sistema de justiça criminal – o ajuizamento da ADPF 347 – ainda não teve seu mérito julgado e quase nada contribuiu para a superação do declarado *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro. *De outro lado*, no direito penal do colarinho branco, o desafio de equilibrar a expectativa de punição de gravíssimos atos de corrupção e desvio de recursos públicos com a necessidade de garantia das conquistas liberais clássicas do direito penal se tornou ainda mais complexo. É inegável a necessidade de republicanizar o direito penal brasileiro e superar a tradição de imunização informal de parte da elite nacional. Na minha visão, entretanto, a contenção dos excessos punitivos e das práticas autoritárias no direito penal que atinge o “andar de cima”, embora exijam enorme de gasto de capital político do STF, também é condição de garantia do Estado de Direito entre nós.

Como resultado de mais de quatro anos de pesquisa intensa, produzi uma tese, hoje publicada em versão comercial, intitulada “O Controle de Constitucionalidade de Leis Penais no Brasil”, que resume uma comovida proposta teórica de ampla constitucionalização do combalido direito penal brasileiro. O Professor Luís Roberto Barroso foi o principal responsável por uma reorientação radical da minha vida acadêmica. Posso dizer que achei meu lugar no direito pelo seu incentivo e talvez pela sua capacidade *quase mágica* de encontrar em cada um dos seus alunos e orientandos o que temos de melhor para oferecer ao mundo. Eu teria muito mais a agradecer ao Professor Luís Roberto Barroso, que também teve e continua a ter enorme importância no campo pessoal e afetivo para mim e para minha esposa, Aline Osório. Esta homenagem acadêmica é, portanto, apenas um registro de como o trabalho apaixonado do homenageado pode promover singelos mas inestimáveis *saltos quânticos* na vida dos seus alunos.

II. O TEMA ESCOLHIDO PARA A HOMENAGEM

O direito penal nunca esteve em tanta evidência na história do país. Não apenas pelos alarmantes índices de violência que destroem milhares de vida todos os anos e que atingem com mais intensidade jovens negros e pobres nas periferias das grandes cidades brasileiras. Mas também pela crescente visibilidade dos esforços do Estado brasileiro para enfrentar o flagelo da corrupção. Investigações e processos criminais formam o pano de fundo das sucessivas crises políticas e, em grande medida, nos trouxeram até o tormentoso momento atual. Nunca foi tão necessário equilibrar os esforços de combate à corrupção com a preocupação de manutenção das condições de realização do projeto democrático.

Atualmente, há amplo consenso entre os constitucionalistas de que o direito penal funciona, simultaneamente, como contenção do poder punitivo estatal e também como mecanismo de proteção de direitos fundamentais. Daí porque os Tribunais constitucionais e supranacionais têm feito uso do princípio da proporcionalidade não apenas para reconhecer restrições excessivas ou abusivas a direitos fundamentais no campo penal, mas também para afirmar que a omissão estatal no acionamento do direito penal pode resultar na desproteção de certos direitos fundamentais. Na busca do equilíbrio entre essas duas funções do direito penal, eu e o Ministro Luís Roberto Barroso temos divergências pontuais, como ele próprio ressaltou no prefácio que lançou no meu livro mais recente. Mas concordamos que o principal papel da jurisdição constitucional no campo penal é o de garantir os direitos fundamentais dos investigados, acusados e apenados. Nessa perspectiva, o Ministro Luís Roberto Barroso tem oferecido relevantíssima contribuição.

Embora sejam bastante lembrados os votos proferidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso em temas mais estreitamente ligados à intensificação do direito penal de colarinho branco – *e.g.* constitucionalidade do decreto presidencial de indulto e constitucionalidade da condução coercitiva de investigados, entre outros –, são menos conhecidas as suas propostas inovadoras de contenção do poder punitivo. Selecionei, para fins deste artigo, duas das mais relevantes inovações propostas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no STF: (i) a flexibilização dos critérios legais de

fixação de regime prisional (e, conseqüentemente, dos parâmetros para substituição da pena de prisão por pena restritiva de direitos) em crimes de menor gravidade; e (ii) a possibilidade de realização de compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais dos apenados. O desenvolvimento e aprofundamento dessas duas propostas já defendidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no STF têm potencial para refrear a cultura de *hiperencarceramento* no Brasil, como se demonstrará a seguir.

III. A PENA DE PRISÃO COMO MEDIDA DE *ULTIMA RATIO*: UMA META PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CAMPO PENAL

O senso comum teórico construído em torno do direito penal é unânime em aceitar a ideia de que a intervenção penal só deve ser acionada quando os outros modos de tutela de direitos e interesses não se mostrarem suficientes. Igualmente consensual é a noção de que a mais grave das sanções penais, a pena de prisão, somente deve ser aplicada nos casos de crimes mais graves, quando outras medidas penais menos graves não puderem realizar os objetivos de prevenção buscados pelo direito penal. Afinal, a pena de prisão configura a sanção mais significativa nos países que não contemplam a pena de morte em sua legislação¹.

A jurisprudência do STF, por exemplo, reconhece há décadas que existe uma tendência, ao menos sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, à redução da pena de prisão à *ultima ratio* do sistema². Também reconhece que a prisão preventiva é a *ultima ratio*, a derradeira medida a que se deve recorrer, e que somente poderá ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas ou suficientes³. De fato, consolidou-se na segunda metade do século passado o consenso no universo científico de que “a prisão deveria ser a *ultima ratio* da *ultima ratio*, deixando, para a grande maioria dos casos criminais, a aplicação das penas não privativas de liberdade”⁴. A realidade caminha, contudo, em sentido diametralmente oposto. Como assinalou Almiro Salvador Netto, “[n]o Brasil, assim como em

1 Corte Constitucional da Colômbia, STC 185/2011.

2 V., a propósito, STF, HC 70362, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 05.10.1993.

3 V., nesse sentido, STF, HC 151788, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 14.08.2018.

4 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 256.

*grande parte dos países ocidentais, a pena privativa de liberdade assume a posição de principal resposta estatal pela violação do dever exigido criminalmente*⁵.

Apesar da crescente percepção da ineficácia da política de encarceramento, aproximadamente metade das sentenças criminais brasileiras, incluindo as de absolvição e as que reconhecem a prescrição, aplicam aos réus penas de prisão. A quantidade de sentenças que aplicam penas privativas de liberdade é quase quatro vezes superior ao volume de sentenças que aplicam penas restritivas de direito⁶. Mais grave ainda é verificar que cerca de 23% dos condenados a penas de prisão receberam penas inferiores a quatro anos de reclusão ou detenção. Apenas para que se tenha uma ideia mais real do significam esses dados, hoje no Brasil mais 170 mil presos receberam penas inferiores a quatro anos de reclusão ou detenção. O marco é relevante porque, nos termos do Código Penal, penas inferiores a quatro anos de reclusão podem ser cumpridas em regime prisional aberto (art. 33) e admitem substituição por penas restritivas de direito (art. 44).

O crescimento da aposta do sistema de justiça criminal na pena de prisão tem aumentado sistematicamente ano após ano. Não há qualquer sinal no horizonte de que a taxa de encarceramento irá diminuir, apesar da larga demonstração da sua ineficiência para reduzir os índices de criminalidade e violência. A falta de eficácia da pena de prisão na contenção da prática delitiva não tem sensibilizado nem as instituições que programam e aplicam a política criminal nem a sociedade civil. Ao contrário, a baixa qualidade do debate público em torno desse tema tem reproduzido um discurso de ampliação contínua do sistema carcerário, apesar das múltiplas evidências do seu fracasso⁷. O reconhecimento pelo STF, no ano de 2016, do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro teve baixo impacto na modificação dos termos do debate público e efeito irrelevante no seu funcionamento real.

Nunca foi tão urgente a tarefa de converter em realidade a promessa de reservar à prisão um espaço residual no sistema de justiça criminal.

5 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 254.

6 BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: IPEA, 2015 (Relatório de pesquisa), p. 37.

7 Como referiu o Ministro Ricardo Lewandowski, as demandas por valorização da cultura do encarceramento, “*destituídas de qualquer fundamento racional, não lograram apresentar – como ficou evidenciado – qualquer resultado positivo para o incremento da segurança pública. Pelo contrário, tão somente demonstraram que a violência estatal acaba gerando mais violência social*” (BRASIL. *Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Atendimento às Pessoas Egressas do Sistema Prisional*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2016, p. 7).

Para isso, é necessário criar condições para tornar operativo o consenso teórico de que “*a prisão, em primeiro lugar, deve ser considerada como ultima ratio, como violência estatal inigualável, utilizada exclusivamente para situações de extrema necessidade*”⁸. A redução do grau de encarceramento não depende apenas da modificação do quadro legislativo. Ajustes no modo de aplicação das leis penais – acompanhados de intervenções pontuais do STF no controle de constitucionalidade incidente sobre essas leis – podem produzir importante impacto na contenção do *hiperencarceramento* brasileiro. Nesse campo, a jurisdição constitucional pode exercer um importante papel racionalizador do sistema penitenciário, não apenas por meio da determinação de realização de atividades materiais por parte do Poder Executivo, mas também, e principalmente, por meio do controle incidente sobre o modo de aplicação das leis penais pelos juízes.

Embora o direito constitucional tenha dado maior importância nos últimos anos à atuação do Poder Judiciário no controle das omissões administrativas do Estado – *e.g.*, no âmbito da construção de presídios e do investimento na estrutura dos presídios existentes –, tem crescido a compreensão de que os juízes criminais têm enorme parcela de responsabilidade pela explosão carcerária no Brasil. Tal percepção foi traduzida com precisão pela petição inicial da ADPF 347, que dirigiu a maior parte dos pedidos à correção da interpretação dada às leis penais pelos magistrados⁹. Infelizmente, nenhum desses pedidos foi acolhido pelo STF na apreciação dos pedidos cautelares¹⁰. Os aportes teóricos

8 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 257.

9 Para um resumo dos pedidos formulados na ADPF 347, v. GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. *Decide, mas não muda*. STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. Por que a decisão do Supremo na ADPF 347 não alterará o quadro do sistema carcerário? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decide-mas-nao-muda-stf-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional-09092015>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

10 Como ressaltaram Rubens Glezer e Eloísa Machado, “*não foi acatada nenhuma medida cautelar voltada a lidar com as decisões judiciais de encarceramento, parte crucial do problema. Ministros como Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes – ambos com experiência significativa na presidência do CNJ – reconhecem na cultura punitiva do Judiciário a fonte primordial para a crescente superpopulação carcerária e, conseqüentemente, para o ‘Estado de coisas inconstitucional’*. Esse diagnóstico serviu de subsídio para outras falas assertivas, como a do Ministro Luiz Fux, de que o STF deveria dar diretrizes enfáticas aos demais magistrados do sistema Judiciário. Estas falas, porém, estão desacompanhadas de autoridade. Os ministros, ao se negarem de criar ou fazer valer qualquer mecanismo de controle sobre a atividade dos juízes, como a Reclamação direta ao tribunal ou a possibilidade de apreciar as liminares contra liminares negadas em habeas corpus, transformaram uma decisão judicial em um mero aconselhamento. Em síntese, o Supremo reconhece que o Judiciário é parte do problema. Mas, ao não adotar medidas mais severas para a reversão das decisões de aprisionamento prorisorio, não faz parte da solução. Ao deferir algumas cautelares sem conceder nenhuma daquelas dirigidas aos juízes, o potencial de mudança estrutural da decisão foi anulado. O Ministro Marco Aurélio alertou o Tribunal de que a decisão estaria esvaziada, sem sorte. Se algo mudou, foi o fato de que o STF perdeu a chance de criar seu próprio grande precedente de direitos humanos”. V. GLEZER, Rubens; MACHADO, Eloísa. *Decide, mas não muda*. STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. Por que a decisão do Supremo na ADPF 347 não alterará o quadro do sistema

apresentados neste artigo – desenvolvidos com base em propostas concretas já formuladas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no STF – têm por objetivo investir no potencial que a jurisdição constitucional apresenta para iniciar um virtuoso processo de transformação da pena de prisão em medida de *ultima ratio*.

IV. A FLEXIBILIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS LEGAIS DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E DOS PARÂMETROS PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRISÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM CRIMES DE MENOR GRAVIDADE NA VISÃO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

A transformação da pena de prisão em medida de *ultima ratio* depende de várias iniciativas coordenadas. *Em primeiro lugar*, exige, de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, estimular a “*aplicação mais ampla de penas alternativas à prisão, por meio: a) da imposição aos juízes de um ônus argumentativo mais severo para justificar a não aplicação das penas alternativas na sentença condenatória; e b) do investimento no fortalecimento das centrais de acompanhamento de penas e medidas alternativas e na criação de outros mecanismos que permitam aumentar o controle e a fiscalização do seu cumprimento*”¹¹. *Em segundo lugar*, e de forma emergencial, requer, também de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, a criação de uma “*fila de saída*” que permita “*a concessão de prisão domiciliar ou de antecipação do regime aberto a outro preso que já esteja cumprindo a pena no regime semiaberto e já tenha alcançado ou esteja mais próximo de alcançar o requisito objetivo para progredir para o regime aberto*”¹². Essa iniciativa de flexibilização dos requisitos legais para progressão de regime, defendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso em 2015, se converteu em um dos principais pedidos da ADPF 347 e está em linha com a ideia de equivalentes funcionais da pena e do conseqüente reconhecimento do direito à compensação punitiva por violações a direitos dos presos, temas que serão objeto de desenvolvimento adiante.

Além disso, é necessário também investir no potencial racionalizador da jurisdição constitucional sobre o caótico sistema de dosimetria

carcerário? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decide-mas-nao-muda-stf-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional-09092015>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

11 STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

12 STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

de penas e escolha de regimes prisionais no Brasil. Uma das tarefas mais relevantes nesse contexto é a de contribuir para a superação dos resquícios de direito penal do autor em prestígio de um direito penal do fato. Como afirmou o Ministro Luís Roberto Barroso, *“o direito penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, ‘personalidades’, ‘meios’ ou ‘modos de vida’, e sim crimes, isto é, condutas significativamente perigosas ou lesivas a bens jurídicos, sob pena de se configurar um direito penal do autor, e não do fato”*¹³. O direito penal do autor é aquele que considera legítimo submeter o criminoso à pena em razão da sua personalidade anormal e perigosa, enquanto o direito penal do fato estabelece que o criminoso se submete à pena não porque seja um ser anormal e perigoso por natureza, senão porque, independentemente da sua personalidade, cometeu uma conduta punível.

Um sistema penal que busque se afastar da lógica do direito penal do autor deve impedir que características pessoais do autor que não tenham expressão na culpabilidade revelada pelo fato sejam levadas em consideração para majorar sua pena. Esse tipo de raciocínio não é estranho à experiência comparada. O Tribunal Constitucional da Alemanha, por exemplo, em sentença proferida em 1979, considerou que a adequação do dispositivo legal que estabelece uma causa geral de agravação da pena com base na reincidência à Constituição afasta a sua aplicação nos casos em que a reincidência não implique uma presunção de maior culpabilidade do réu, de modo que o juiz deve verificar, caso a caso, se é possível reprovar mais intensamente a conduta do reincidente que não tenha considerado como advertências as condenações anteriores¹⁴. Alguns anos depois, em 1986, a causa de agravação da pena pela reincidência foi revogada no Código Penal alemão¹⁵.

De fato, as características pessoais do acusado que não tenham ganhado expressão concreta no fato punível não devem assumir qualquer relevância para a dosagem da pena, sob pena de se promover típico direito penal do autor. Nesse sentido, levar a sério a ideia de um direito penal do

13 STF, HC 123108, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2015.

14 A jurisprudência alemã realizou verdadeira interpretação conforme à Constituição do instituto da reincidência. A sentença alemã é referida pela Corte Constitucional da Colômbia na Sentencia C-181/2016. Esse entendimento não é necessariamente contrário à jurisprudência do STF que reconheceu a constitucionalidade da reincidência como agravante da pena (RE 453.000/RS)” (HC 93815, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 04.04.2013).

15 ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, p. 186.

fato exige limitar a pena ao grau de culpabilidade expressado pela conduta punível praticada. A partir desse limite, as condições pessoais do autor do delito só podem ser consideradas para reduzir a pena, à luz de considerações de ordem utilitaristas, que podem recomendar a cominação judicial de pena inferior ao grau de culpabilidade¹⁶.

Embora seja necessário conferir interpretação conforme ao art. 59 do Código Penal para uniformizar parâmetros de aplicação da pena compatíveis com a ideia de direito penal do fato ou da culpabilidade, parte considerável das deficiências de que padece o modelo de individualização judicial da pena tem sido contornada pelo esforço da jurisprudência do STJ e do STF para reduzir o subjetivismo e a arbitrariedade que caracterizam a sistemática utilização de características pessoais dos réus como fundamentos para intensificar a punição criminal¹⁷. Mesmo sem afirmar a inconstitucionalidade da utilização de características pessoais desvinculadas do fato praticado para elevar a pena, o STJ tem esvaziado a possibilidade de majoração da pena com base na avaliação da personalidade ou da conduta social pelo caminho da afirmação de um ônus argumentativo mais rigoroso para o juiz considerar tais circunstâncias desfavoráveis ao réu¹⁸. Nesse sentido, o aumento do rigor no controle da fundamentação da dosimetria das sentenças criminais tem potencial para amenizar as dificuldades resultantes da falta de uma diretriz interpretativa clara do STF a propósito do modo como o art. 59 do Código Penal deve ser entendido à luz da Constituição.

Além dos problemas estruturais que cercam a dosimetria judicial da pena, há também dificuldades no campo da fixação do regime prisional. O

16 TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs). *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

17 *“A simples afirmação de que a personalidade é desvirtuada, conforme a jurisprudência desta Corte, não justifica a valoração negativa dessa circunstância judicial para fixação da pena-base. O mesmo se diga em relação à conduta social, cuja simples menção à reprovabilidade não serve de substrato justificante para considerá-la negativa”* (STJ, HC 203.434, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 20.06.2017).

18 *“Não foram mencionados elementos concretos e idôneos dos autos que, efetivamente, evidenciassem especial agressividade e/ou perversidade do agente, ou mesmo menor sensibilidade ético-moral, de modo que não há como manter a conclusão pela desfavorabilidade da personalidade. Não havendo sido mencionado nenhum fundamento concreto que, de fato, demonstrasse a inadequação do comportamento dos pacientes no interior do grupo social a que pertencem (família, vizinhança, trabalho, escola etc.), deve ser afastada a análise desfavorável da conduta social dos agentes”* (STJ, HC 212.016/GO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 23.02.2016); *“É ilegal a exasperação da pena-base na parte em que o julgador considerou, de forma desmotivada, a “personalidade desvirtuada e voltada ao crime” do paciente e sua “conduta social reprovável”, sem indicar nenhum elemento concreto dos autos que justificasse tal conclusão”* (STJ, HC 268.147, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 07.04.2015).

Código Penal estabeleceu patamares mínimos de pena a partir dos quais o regime mais gravoso deve ser obrigatoriamente aplicado, ao invés de um sistema que previsse a cominação obrigatória de regime mais favorável quando a pena não superasse certa quantidade de pena. O modelo ideal seria, em verdade, aquele que impusesse a aplicação obrigatória de regimes mais brandos e de penas restritivas de direito em certas circunstâncias e facultasse a aplicação de regimes mais rigorosos e da própria pena de prisão a partir da verificação da necessidade dessas medidas mais gravosas à luz de caso concreto pelo juiz. O excesso de rigidez da lei penal brasileira, nesse ponto, pode produzir resultados desproporcionais nas mais diversas situações concretas. Daí a necessidade de controlar a constitucionalidade dessas regras caracterizadas pela absoluta rigidez no campo penal. O exemplo da fixação obrigatória de regime mais gravoso para reincidentes – associado à proibição de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos – é particularmente relevante.

Esse controle jurisdicional da constitucionalidade das leis em razão do excesso de rigidez não é novo no direito comparado. A Itália desenvolveu importante arsenal metodológico para controlar a inconstitucionalidade decorrente do excesso de rigidez normativa. A imposição de regras uniformes para situações jurídicas extremamente diversas pode conduzir à afirmação da inconstitucionalidade da disposição legal. Daí ter surgido na jurisprudência constitucional italiana a sentença aditiva de princípio por *déficit de flexibilidade*¹⁹. A partir desse instrumental, a Corte constitucional italiana passou, por exemplo, a transformar presunções absolutas em relativas e a incorporar exceções inexistentes na disciplina legal. No campo penal, é farta a jurisprudência italiana no sentido da imposição, por via de decisões aditivas de princípio, de exceções a regras penais desprovidas de flexibilidade²⁰. A falta de flexibilidade legislativa no campo da fixação do regime prisional já foi, inclusive, reconhecida pelo STF, a partir do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, nos casos de reiteração da prática de condutas pouco relevantes penalmente:

19 Cf. PANZERA, Claudio. *Interpretare manipolare combinare: una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 167-168.

20 Por todas, vale citar, da Corte Constitucional da Itália: (i) sentença 350, de 2003 (concedendo o direito à prisão domiciliar para o pai ou a mãe de sujeito deficiente físico); (ii) sentença 255, de 2006 (recusando a suspensão condicional da pena quando inadequada à sua função reeducativa).

Assim sendo, a opção de mandar essas pessoas para o cárcere deve ser encarada decididamente como a última e radical alternativa num sistema já superlotado e altamente degradante. Dessa forma, proponho que eventual sanção privativa de liberdade aplicável ao furto de coisa de valor insignificante seja fixada em regime inicial *aberto domiciliar*, afastando-se para os reincidentes a aplicação do art. 33, § 2º, c, do CP, que, na hipótese, deve ser interpretado conforme a Constituição. Sua incidência fica paralisada no caso concreto, por produzir resultado incompatível com o texto constitucional.

[...]

Proponho ainda que a referida pena privativa de liberdade seja, como regra, substituída por pena restritiva de direitos, afastando-se as condicionantes previstas no art. 44, II, III e § 3º do CP, que devem ser interpretadas à luz da Constituição, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. As sanções restritivas de direitos têm um caráter ressocializador muito mais evidente em comparação com as penas privativas de liberdade, especialmente em casos abrangíveis pelo princípio da insignificância. Assim, somente em caso de descumprimento da pena restritiva deve haver a reconversão para sanção privativa de liberdade, em regime *aberto domiciliar*. E apenas na hipótese de descumprimento das condições impostas ao condenado em prisão domiciliar é que será possível a regressão para o regime semiaberto.²¹

A própria lei penal conta com uma cláusula de abertura voltada a reduzir o grau de rigidez das regras de imposição obrigatória de pena de prisão aos condenados reincidentes: “[s]e o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime” (§ 3º do art. 44 do Código Penal). Tal cláusula de exceção indica um caminho a ser trilhado, já que estabelece que a negação ao direito de ter a pena substituída por restritiva de direitos está vinculada à demonstração de que a pena de prisão é “socialmente recomendável”²².

²¹ STF, HC 123108, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2015.

²² O projeto de reforma do Código Penal em debate no Congresso Nacional pretende caminhar nesse sentido, estabele-

Razões de corte utilitarista podem conduzir, portanto, à fixação de regime prisional mais brando do que aquele estabelecido, de forma rígida, pela lei penal, bem como autorizar a substituição da pena de prisão por restritiva de direitos nos casos em que a gravidade concreta da conduta não recomende o necessário encarceramento do réu reincidente como condição para a realização dos fins preventivos da pena²³.

Esses avanços da jurisprudência nos setores da dosimetria da pena e da fixação do regime prisional – com impactos sobre a possibilidade de substituição da pena de prisão por restritiva de direito – podem ser melhor explorados pelos juízes e Tribunais criminais, o que depende, fundamentalmente, da revisão da “cultura do encarceramento” que predomina na magistratura brasileira. Para isso, é necessário investir na conscientização dos juízes quanto às mazelas do sistema prisional e à grave ineficiência da aplicação da pena de prisão em casos de menor gravidade.

O quadro dramático do sistema prisional brasileiro demonstra a necessidade de aperfeiçoamento do modo pelo qual o Judiciário brasileiro tem dosado as penas, escolhido o regime prisional e decidido sobre a substituição da pena de prisão por restritivas de direito. Nesse sentido, torna-se necessário elevar substancialmente o ônus argumentativo imposto ao juiz nos casos em que a majoração da pena resulte na obrigatória mudança de regime prisional – especialmente na hipótese em que a pena ultrapassa os quatro anos (alterando o regime aberto para o regime semiaberto). Não se pode admitir que o juiz possa transitar entre a escolha de pena inferior

cendo que “o réu não for reincidente em crime doloso, salvo se a medida for suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Pretende-se excluir o óbice à substituição da pena nos casos de reincidência específica e esclarecer que a não substituição só será permitida quando a pena restritiva se mostrar insuficiente. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/comissoes/documentos/SSCEPI/REFORMA%20PARTE%20GERAL%20arts%20%2032%20a%2068_.pdf>. Acesso em: 02.01.2019.

23 Nesse sentido, a proposta de interpretação conforme da agravante da reincidência formulada por Ingo Sarlet: “a despeito da habilidade do argumento, não nos parece seja necessário declarar a inconstitucionalidade da agravante da reincidência por ser inviável (em virtude da expressão sempre contida no artigo 61, inciso I, do Código Penal, que, de fato, a exemplo do argumento utilizado no caso da vedação da liberdade provisória na hipótese de crime hediondo, ofende frontalmente as exigências da proporcionalidade) uma interpretação conforme a Constituição. Com efeito, sabe-se que sempre é possível a declaração da inconstitucionalidade até mesmo de uma expressão apenas, de tal sorte que, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do termo sempre, o exame do caso concreto permitiria ao aplicador da pena que, mediante uma análise das circunstâncias do caso, aplicasse, ou não, a agravante, especialmente quando se tratar de delitos menos graves, considerando os bens atingidos. Ademais, ainda que aplicada a agravante (embora não sempre) abre-se igualmente a alternativa de não agregar sempre ao reconhecimento da incidência os seus efeitos adicionais, como a impossibilidade da substituição da pena, o agravamento do regime de cumprimento da pena, etc. Mediante esta aplicação diferenciada caso a caso (que, de resto, já foi proposta entre nós), a aferição da proporcionalidade da aplicação da reincidência como agravante e das suas demais consequências acabaria por permitir soluções mais afinadas com as exigências da própria proporcionalidade e um equilíbrio entre a sua dupla perspectiva como proibição de excesso e de insuficiência” (SARLET, Ingo Wolfgang, Constituição e proporcionalidade: direito penal e direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 10, 2006, p. 347).

a quatro anos – com possibilidade de aplicação do regime aberto e substituição da pena de prisão por restritiva de direito – e outra superior a esse patamar – que impõe a cominação de regime semiaberto obrigatório sem possibilidade de substituição – com a mesma liberdade que teria para escolher a sanção adequada entre a pena mínima e a pena não superior a quatro anos.

A escolha pela pena de prisão em detrimento das penas restritivas de direito deve contar não apenas com adequada fundamentação sob a ótica das circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal), circunstâncias agravantes e eventuais causas de aumento. Quando a pena mínima cominada ao delito for inferior a quatro anos, o juiz deve apresentar especificamente os motivos pelos quais as penas restritivas de direito não são “socialmente recomendáveis” (§ 3º do art. 44 do Código Penal). Isso significa afirmar que a não aplicação da pena restritiva de direito só se justifica quando ela não se mostrar suficiente para prevenir o delito. O ônus da demonstração da insuficiência é do juiz sentenciante. Sempre que o juiz não se desincumbir desse ônus, deve-se reconhecer que o réu tem direito subjetivo à substituição da pena de prisão pela pena restritiva de direito.

Além disso, outros dois avanços nesse setor podem contribuir para arrefecer essa indesejável “cultura do encarceramento” que domina a prática judicial no Brasil. *Em primeiro lugar*, a interpretação usualmente conferida pelos juízes ao art. 59 do Código Penal permite a majoração da pena com base em circunstâncias exclusivamente pessoais do condenado, o que resulta na aplicação de pena superior ao limite da culpabilidade pelo fato. Essa grave deficiência do modelo judicial de fixação de penas no Brasil pode ser, em grande medida, superada por uma atuação corretiva da jurisprudência pelo STF. Um pronunciamento tomado em controle concentrado de constitucionalidade que confira interpretação conforme a Constituição ao art. 59 do Código Penal para afirmar que as características pessoais e as motivações internas do réu – que não tenham expressão concreta na culpabilidade revelada pelo fato – só podem ser utilizadas para reduzir a pena já teria grande impacto no sistema de justiça criminal brasileiro e contribuiria de forma relevante para a progressiva superação dos resquícios de direito penal do autor no Brasil.

Em segundo lugar, deve-se reconhecer que a reincidência só pode resultar na aplicação de regime prisional mais gravoso e na negativa de subs-

tuição da pena de prisão por restritiva de direito se a reincidência não implicar uma presunção de maior culpabilidade do réu, de modo que o juiz deve verificar, caso a caso, se é possível reprovar mais intensamente a conduta do reincidente que não tenha considerado como advertências as condenações anteriores. Nesse contexto, seria necessário também interpretar conforme a Constituição os arts. 33, § 2º, ²⁴ e 44, II, III e § 3º²⁵, todos do Código Penal, para afirmar que a reincidência só poderá implicar aplicação de regime prisional mais gravoso e impedir a substituição da pena de prisão por restritiva de direito se essa circunstância impactar concretamente o grau de culpabilidade expressado pelo fato punível praticado²⁶.

Apesar da alta relevância dessas propostas de intervenção da jurisdição constitucional nos campos da aplicação da pena, da fixação do regime prisional e da substituição da pena de prisão por restritiva de direito, o objetivo de transformar a pena de prisão em medida de *ultima ratio* também pode contar com o auxílio valioso do reconhecimento da ideia de *equivalentes funcionais da pena* e do *direito à compensação punitiva* em razão das restrições de direitos suportadas pelo indivíduo em todas as fases do

24 CP, art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 2o - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (...) c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

25 CP, art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (...) § 2º. Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. § 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. § 4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. § 5º. Sobreindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

26 Uma sentença do STF como essa se faz ainda mais necessária diante do fato de que o STJ tem interpretado restritivamente o precedente do STF firmado no julgamento do HC 123.108: “A possibilidade de aplicação do regime aberto, conforme HC 123108 julgado pelo do Pleno do STF, cinge-se à hipótese de furto de valor insignificante em que a incidência do princípio da bagatela - embora cogitável e possível em razão do valor do bem subtraído - tenha sido afastada sob o fundamento exclusivo da reincidência. No caso concreto, o art. 33, § 2º, c, do Código Penal - CP é plenamente aplicável, porquanto o bem subtraído não foi considerado de valor irrisório ou insignificante. Diante disso, não identifique flagrante ilegalidade na decisão do Tribunal a quo no sentido de que a fixação do regime aberto não é recomendável no caso em apreço, devendo-se estabelecer o regime semiaberto, em atenção à Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça” (STJ, HC 361.019/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 27/09/2016).

sistema de justiça criminal, desde a investigação até a execução da pena. Essa ideia foi proposta de forma inovadora no Brasil pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do RE 580252, ocasião em que defendeu a possibilidade de compensar violações a direitos fundamentais dos presos no tempo de pena e na modalidade do seu cumprimento. Atualmente, as violações de direitos fundamentais dos presos brasileiros assumem caráter de penas autônomas, que se somam à pena fixada na sentença e institucionalizam um modelo de aplicação de penas cruéis sem o devido processo legal, em patente restrição desproporcional dos princípios da culpabilidade e do *ne bis in idem*. Esse debate, iniciado no Brasil com o ajuizamento da ADPF 347 e posterior julgamento das medidas cautelares pelo STF, deve ser aprofundado para permitir uma adequada compreensão dos seus fundamentos e das suas potencialidades. É o que se verá a seguir.

V. EQUIVALENTES FUNCIONAIS DA PENA: AS MÚLTIPLAS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOFRIDAS PELO INDIVÍDUO NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO, DO PROCESSO E DA EXECUÇÃO PENAL A PARTIR DA VISÃO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

A pena criminal possui duas dimensões fundamentais, conhecidas como *dimensão comunicativa* e *dimensão afitiva*. Na *dimensão comunicativa*, a pena constitui uma expressão da existência de um injusto culpável atribuível ao autor; já na *dimensão afitiva*, a pena configura a imposição de sofrimento ao autor do delito. A doutrina costuma assinalar que a imposição de uma carga afitiva ao réu deve se somar à dimensão comunicativa da condenação para garantir que o direito penal desempenhe função preventiva²⁷. O reconhecimento dessa dimensão afitiva da pena conduz à ampliação do seu sentido, na medida em que torna clara a realidade segundo a qual o indivíduo submetido à persecução penal pode sofrer as consequências de um conjunto amplo de restrições de direitos fundamentais como resposta ao cometimento do delito e que todas elas devem ser devidamente consideradas pelo Estado como aspectos ou dimensões da pena.

27 O Professor von Hirsch defendeu a ideia de que a reprovação tem uma dimensão retrospectiva e que a causação do dano ao criminoso carrega uma visão prospectiva do necessário em termos preventivos. V. VON HIRSCH, Andrew. The Justification for Punishment's Existence: Censure and Prevention. In: VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew (eds). *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2005, p. 13 e ss.

De acordo com Silva Sánchez, o Estado deve renunciar à dimensão afliativa da pena ou minimizar a sua intensidade quando tenha recaído sobre o indivíduo algum equivalente funcional da pena²⁸. Esse autor resenhou, sem pretensão de exaurir o tema, os principais equivalentes funcionais da pena²⁹. A ideia fundamental desse conceito é a de que há um conjunto de fatos ou circunstâncias que exercem – parcial ou integralmente – certas funções da pena (simbólica/comunicativa ou afliativa). O Estado deve identificar todas essas situações para garantir que elas sejam consideradas no momento da cominação judicial da pena, seja para reduzi-la seja para afastá-la completamente³⁰.

O primeiro grupo de equivalentes funcionais da pena é formado por condutas que configuram algum tipo de *comportamento autopunitivo*. Nesses casos, o autor do delito pode impor a si próprio uma punição ou um sofrimento intenso como forma de demonstrar o reconhecimento de que infringiu a norma e a autoreprovação por essa infração. Além dessa dimensão comunicativa – que se manifesta também pela *confissão* e pela *reparação integral do dano* (em ambos os casos existe uma dimensão expressiva de negação do injusto culpável cometido por fatos cometidos pelo próprio agente) –, esse comportamento de punição de si mesmo pode apresentar significativa intensidade afliativa.

O segundo grupo de equivalentes funcionais da pena pode ser encontrado a partir dos *efeitos colaterais negativos do processo criminal*. Alguns deles são fortemente controvertidos na doutrina, como os que resultam dos “julgamentos paralelos” feitos pela mídia nas situações de publicidade opressiva ou nos casos de vingança privada praticados contra o réu (circunstâncias derivadas de condutas pós-delitivas de terceiros). Outros, porém, têm amplo reconhecimento, tais como as violações processuais perpetradas pelos próprios órgãos responsáveis pela persecução criminal (circunstâncias derivadas do comportamento pós-delitivo do sistema judicial). Esses casos costumam estar associados à violação do direito fundamental à duração razoável do processo e também à violação aos direitos de defesa, na perspectiva de que o próprio processo penal pode ser entendido, em si mesmo, como uma

28 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Equivalentes funcionales de la pena*. Em elaboração.

29 V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Equivalentes funcionales de la pena*. Em elaboração.

30 Para uma síntese das hipóteses em que se podem encontrar esses equivalentes funcionais da pena, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal tras el delito. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UPB*, v. 47, n. 127, p. 498-501.

pena. Em tais situações, Silva Sánchez afirma que tais restrições de direitos fundamentais costumam não atingir plena equivalência com a pena, mas há boas razões para a sua considerável redução³¹.

A dimensão afiativa da pena também pode ser encontrada indiscutivelmente em situações nas quais o próprio agente sofre graves danos decorrentes da sua conduta imprudente. O clássico exemplo do acidente de carro que resulta na morte de um familiar, ainda que provocado pelo agente, é reconhecido como situação em que tal sofrimento equivale funcionalmente à pena judicial, razão pela qual esta pode ser reduzida ou até mesmo perdoadada. Alguns dos exemplos de equivalentes funcionais da pena, especialmente aqueles que expressam certo conteúdo simbólico ou comunicativo da pena, contam com previsão legal no Brasil, como o perdão judicial³² e as hipóteses de amenização da pena pela confissão³³ e pela integral recomposição do dano³⁴. Em geral, essas circunstâncias que apresentam algum reconhecimento por parte do réu da violação à norma penal costumam resultar apenas na redução da pena, já que não revelam integral equivalência com a pena cominada pelo legislador. Não é esse tipo de manifestação desse fenômeno de equivalência funcional com a pena que se quer enfatizar neste capítulo. Apresentam maior relevância as situações que apresentam conteúdo afiativo ou punitivo em sentido amplo, já que nesses casos existe uma privação ou restrição de direitos que realiza de algum modo a função retributiva da pena. No momento de fixação da pena, o juiz pode, atento à função de prevenção especial que caracteriza a execução da pena, até mesmo prescindir dela, diante da possibilidade de substituir a pena por equivalentes funcionais³⁵.

31 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Equivalentes funcionales de la pena*. Em elaboração.

32 “*Conquanto o texto do § 5º do art. 121 do Código Penal não tenha definido o caráter e a extensão das consequências do crime imprescindíveis à concessão do perdão judicial, não deixa dúvidas quanto à forma grave com que elas devem ter atingido o agente, a ponto de tornar desnecessária e até mesmo exacerbada a aplicação de sanção penal*” (STJ, REsp 1444699, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 01.06.2017).

33 “*Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal*” (STJ, HC 467.819/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. em 06.11.2018).

34 Essa circunstância – reparação espontânea do dano – está prevista no art. 65, III, “b”, do Código Penal.

35 Como exemplos dos equivalentes funcionais da pena Jakobs identifica as medidas de segurança, a suspensão da execução das penas privativas de liberdade, a reparação, ou a denominada *poena naturalis*, entre outros. JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p.14.

No Brasil, parte importante da petição inicial da ADPF 347 se baseia na noção de que a pena cumprida em condições mais severas do que as determinadas pela lei apresenta um conteúdo punitivo mais intenso, que deve ser levado em consideração pelos juízes para fins de readequação (redução ou extinção) da pena aplicada pela sentença. A premissa fundamental utilizada nessa arguição de descumprimento de preceito fundamental é de que as restrições (ilegítimas) de direitos fundamentais sofridas pelos apenados durante a execução possuem irrecusável dimensão afliitiva, que deve ser considerada como punição para fins de determinação final da pena a ser cumprida. Dos oito pedidos principais deduzidos nessa ADPF, cinco deles constituem manifestações do reconhecimento de que determinadas práticas estatais violadoras dos direitos do apenado possuem dimensão afliitiva equivalente à da pena³⁶. O principal deles requer que o STF *“reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção”*³⁷. De acordo com a petição inicial da ADPF 347, a gravidade da punição aplicada deve ser avaliada de acordo com o contexto concreto da sua aplicação, o que impõe reconhecer que a violação de direitos do apenado no curso da execução equivale materialmente à pena criminal:

36 São eles: a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (reforço à aplicação de penas alternativas à privação de liberdade); d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão (reforço à aplicação de penas alternativas à privação de liberdade); e) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentalmente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção (fruição de benefícios processuais); f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção (abrandamento do tempo de prisão).

37 A petição inicial está disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

O sistema prisional brasileiro está em colapso e as penas privativas de liberdade são sistematicamente cumpridas em condições degradantes, como se afirmou tantas vezes nesta peça. Esta é uma realidade que não pode ser ignorada na aplicação das normas penais. [...]

Na hipótese, a consideração da realidade carcerária impõe aos juízes que, na aplicação da pena, deem absoluta preferência às sanções alternativas à prisão. Afinal, por imperativo constitucional cumpre evitar a submissão de pessoas a tratamentos desumanos e degradantes – e é isso que quase sempre ocorre nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Se, no presente cenário, enviar uma pessoa para a prisão é submetê-la muito provavelmente a tratamento que viola a sua dignidade, e não apenas a restrições juridicamente autorizadas à sua liberdade, o Estado não deve fazê-lo, a não ser em casos excepcionais, e sempre pelo mínimo de tempo necessário.

Mas não é só. Como se sabe, a lei penal comina em abstrato as penas mínima e máxima para cada infração criminal, partindo de uma premissa implícita: supõe-se que as penas serão cumpridas na forma prescrita pelas normas vigentes. A equação legislativa se assenta em um juízo abstrato de proporcionalidade, no qual se busca uma certa correspondência entre a gravidade da sanção a ser infligida e o desvalor da ação do agente.

Porém, quando se altera radicalmente essa premissa implícita, a equação se desfigura. Em outras palavras, uma pena abstratamente proporcional pode se tornar manifestamente desproporcional quando cumprida em condições muito mais gravosas do que aquelas estabelecidas pelo ordenamento. Certamente é uma sanção muito mais severa, por exemplo, passar cinco anos trancafiado em uma “masmorra medieval” imunda e superlotada, do que cumprir o mesmo tempo de pena privativa de liberdade numa instituição que observe escrupulosamente as regras da Lei de Execução Penal. Esse desajuste precisa ser recalibrado judicialmente, sob pena de ofensa à proporcionalidade da sanção.

Não se trata de desprezar os termos e limites da lei penal. Mas, para que a própria proporção sancionatória vislumbrada pelo

legislador seja mantida, o aumento fático da intensidade da pena – isto é, o agravamento das condições reais em que se dá o seu cumprimento, em comparação com o que prevê a legislação – demanda que a respectiva duração seja diminuída, de forma correspondente. A matemática é elementar.³⁸

Apesar da ideia de reconhecer a presença de equivalentes funcionais da pena ser relativamente inovadora no Brasil – a primeira formulação sistemática dessa tese surgiu no cenário jurídico com o ajuizamento da ADPF 347 –, o direito comparado apresenta bons exemplos da aplicação dessa categoria para redimensionar a pena em razão das diversas restrições de direitos fundamentais a que o réu pode se sujeitar durante o processo e também no curso da execução da pena. O Tribunal Supremo da Espanha reconheceu, no ano de 1993, que *“tendo em conta que a pena constitui, exteriormente considerada, uma perda de direitos fundamentais, a doutrina mais moderna tem considerado que as lesões de direitos fundamentais que resultam de uma desenvolvimento irregular do processo devem ser abonadas na pena pois têm também um efeito compensador de parte da culpabilidade pelo fato em razão da perda de direitos”*³⁹. Esse mesmo efeito compensador passou a ser compreendido de forma mais ampla para afirmar que se devem computar na pena *“os males injustificados que o acusado tenha sofrido em razão de um processo irregular”*, uma vez que o autor não pode *“receber pelo delito uma perda de direitos maior ao equivalente à gravidade de sua culpabilidade”*⁴⁰. Dito de outra forma, o Tribunal Supremo da Espanha afirmou que *“a privação de bens e direitos que a pena produz não deve ser de superior gravidade que a gravidade da lesão jurídica causada pelo autor”*⁴¹.

O efeito compensador incidente sobre a pena deriva, em um primeiro plano, das situações que conduzem a um reconhecimento expresse da vigência na norma ofendida, tal como ocorre nos casos de confissão e reparação do dano. Para o Tribunal Supremo da Espanha, nesses casos, seria possível falar em uma *compensação construtiva* da culpabilidade porque se trata de um ato do próprio autor no sentido da afirmação dos valores da ordem jurídica. Mas o sistema legal também reconhece um

38 A petição inicial está disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

39 Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

40 Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

41 Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

tipo de *compensação destrutiva* da culpabilidade, que decorre de atos posteriores que adiantam ou produzem uma perda de direitos como consequência do delito e do processo que a que este dá lugar. Essa *compensação destrutiva* é prevista expressamente pela lei quando permite o abono no tempo de cumprimento da pena do tempo de prisão preventiva (art. 58 do Código Penal espanhol) e também quando admite a compensação da pena em razão da perda de direitos sofrida por medidas cautelares de natureza diferente da pena imposta (art. 59 do Código Penal espanhol). Desse modo, o legislador espanhol reconheceu que a equivalência entre a pena aplicada e a gravidade do delito deve ser observada inclusive no caso em que, como consequência do delito, o Estado tenha privado de forma legítima o autor do mesmo de direitos antecipadamente.

Nesse sentido, o Tribunal Supremo da Espanha afirmou que: “[d]ado que a pena é por si mesma uma redução do status do autor em relação aos seus direitos fundamentais, é evidente que toda privação de direitos sofrida legitimamente durante o processo constitui um adiantamento da pena que não pode operar contra o acusado”, de modo que “[s]e se negasse esta compensação da perda de direitos se vulneraria o princípio da culpabilidade, pois se desconheceria que o autor do delito já extinguiu uma parte da sua culpabilidade com dita perda de direitos e que isso deve ser compensado na pena imposta”.⁴² O Tribunal Supremo da Espanha também reconheceu que “se a lei compensa as perdas legitimamente ocasionadas pelo Estado no curso do processo penal, é também evidente que, com maior razão, deve proceder da mesma maneira quando a lesão jurídica não está justificada”⁴³.

Enquanto isso, no Brasil, o sistema de compensação punitiva por restrições (legítimas e ilegítimas) de direitos fundamentais sofridas pelo indivíduo seja no curso da investigação e do processo seja na fase de execução da pena é extremamente deficitária. Os problemas vão desde a falta de regra explícita que permita a compensação na pena final das restrições impostas ao réu pelo juiz como medidas cautelares até a completa ausência de parâmetros para compensação de restrições de direitos resultantes da violação da lei pelo Estado. O subdesenvolvimento teórico da categoria dos equivalentes funcionais da pena reduz as chances de reconhecimento de que o caráter aflitivo da pena pode ser exercido concretamente por meio de outras medidas (decorrentes da correta aplicação da lei pelo juiz

⁴² Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

⁴³ Tribunal Supremo da Espanha, STS 934/1999.

ou do descumprimento dela pelo juiz ou pela administração carcerária). Contudo, a noção de pena justa exige que o juiz considere todas as restrições e violações de direitos sofridas pelo indivíduo como resposta ao cometimento do delito.

Como visto, a ideia de equivalentes funcionais da pena conduz à necessidade de considerar todas as formas de restrição dos direitos fundamentais do autor do delito tanto no momento da fixação da pena na sentença condenatória como no seu eventual redimensionamento na fase executória. Entre todas as situações que podem revelar conteúdo punitivo – e que, portanto, devem impactar o processo de individualização da pena –, a ADPF 347 centra esforços em um grupo específico de equivalentes funcionais: aqueles que resultam da violação de direitos fundamentais imputadas diretamente ao Estado na fase da execução da pena. Não há maiores dificuldades teóricas em reconhecer a necessidade de compensação na pena a ser cumprida das restrições ilegítimas de direitos fundamentais impostas pelo próprio Estado. A elevada carga punitiva presente na submissão do apenado a condições ilegais de execução da pena é associada ao fato de que é o aparato estatal que responde diretamente por tais ilegalidades. Não há nenhuma razão teórica ou pragmática para recusar o reconhecimento de que esse *plus* de aflitividade deve ser compreendido como pena.

De fato, a execução da sanção penal implica uma forte afetação dos direitos fundamentais dos condenados, já que a pena imposta gera a restrição ou a suspensão de direitos como a liberdade física e a livre locomoção. Contudo, como tem reconhecido a Corte Constitucional da Colômbia, o cumprimento da pena de prisão deixa intactos outros direitos que devem ser respeitados e garantidos pelas autoridades públicas. A jurisprudência colombiana tem classificado os direitos dos presos em três grupos⁴⁴. O primeiro compreende os *direitos suspensos* como consequência lógica e direta da pena imposta, entre os quais a livre locomoção e os direitos políticos. O segundo grupo abrange os *direitos restringidos* ou *limitados* em razão da situação de sujeição dos internos em relação ao Estado – *e.g.*, os direitos à intimidade pessoal e familiar, de reunião, de associação, ao livre desenvolvimento da personalidade, à liberdade de expressão, ao trabalho e à educação –, tudo em ordem a contribuir para o processo de ressocialização dos

44 Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-328/2016.

condenados, de garantia da disciplina, da segurança e da salubridade dos cárceres. Por fim, o terceiro grupo engloba os *direitos intocáveis* ou *intangíveis*, conformados pelos direitos fundamentais da pessoa privada da liberdade que permanecem intactos, porque encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana e não podem ser limitados ou suspensos, dos quais são exemplos os direitos à vida, à integridade pessoal, à dignidade, à igualdade, à saúde, à petição e ao devido processo legal⁴⁵.

Nesse sentido, a Corte possui firme orientação no sentido de que a especial situação de sujeição entre os internos e o Estado gera fortes tensões sobre seus direitos, pois a prisão implica a suspensão ou a restrição de alguns de seus direitos, mas aquelas garantias constitucionais inerentes à dignidade do ser humano permanecem intactas e o Estado está obrigado respeitá-las e garanti-las⁴⁶. As únicas restrições de direitos fundamentais autorizadas pela Constituição são aquelas que decorrem direta ou indiretamente da especial sujeição do apenado decorrente do cerceamento da sua liberdade de locomoção. Os direitos passíveis de restrição em função do cumprimento da pena – que resultam da necessidade de o Estado garantir as condições de cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais – só devem ser limitados na exata medida do necessário para a realização das finalidades legais, *e.g.*, para a garantia da segurança dos detentos, dos visitantes e dos agentes estatais. Para além disso, todos aqueles direitos que podem ser reconduzidos à dignidade humana devem ser garantidos em sua integralidade. As violações a esses direitos não poderiam ser admitidas em nenhuma situação.

É inaceitável que o Estado brasileiro tenha institucionalizado, com o consentimento do Supremo Tribunal Federal, que a pena de prisão pode ser cumprida em condições indignas. Uma vez verificadas tais violações, porém, é preciso que sejam obrigatoriamente consideradas como equivalentes funcionais da pena, na perspectiva do reconhecimento de situação de *compensação destrutiva* da culpabilidade, para usar a linguagem da jurisprudência espanhola. O mecanismo jurídico por meio do qual se pode promover compensações na pena é a detração penal. No Brasil, a incorporação da ideia de equivalentes funcionais da pena – especialmente

45 Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-328/2016.

46 Tribunal Constitucional da Colômbia, Sentencia C-328/2016.

nessa dimensão da *compensação destrutiva* da culpabilidade (por restrições de direitos fundamentais impostas legítima ou ilegitimamente pelo Estado) – resultará na releitura constitucional da detração penal, para permitir que todas essas restrições de direitos sejam devidamente consideradas pelo juiz, seja na fixação da pena em sentença, seja no seu redimensionamento durante a execução.

A ausência de previsão legal para a compensação integral e obrigatória das restrições de direito sofridas pelo réu como resposta estatal ao cometimento do delito constitui um “estado indesejável de vácuo normativo”⁴⁷. De fato, a omissão do legislador em instituir um regime legal de detração dessas restrições – tanto das medidas cautelares como das violações atípicas aos mais diversos direitos fundamentais no curso do processo e da execução da pena – criou uma situação jurídica de patente violação aos postulados constitucionais da culpabilidade, do *ne bis in idem* e da proporcionalidade sancionatória. Essa evidente lacuna normativa, por importar em violação objetiva a direitos fundamentais dos condenados, pode ser enquadrada como verdadeira omissão inconstitucional. Tal vácuo normativo indesejado implica, ainda, violação ao princípio da proporcionalidade na vertente da proibição da proteção insuficiente⁴⁸.

Nesse contexto, doutrina e jurisprudência têm reconhecido a analogia como a técnica mais adequada para que o Poder Judiciário supere esse quadro de omissão legislativa, permitindo a adaptação do antigo e defasado regime legal binário da detração penal – em que se compensa apenas o período de prisão preventiva – com o novo regime legal graduado e flexível das medidas cautelares penais⁴⁹. Como tem demonstrado a

47 A expressão foi utilizada pelo STF no julgamento da Rcl 8643, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 03.05.2010.

48 Sobre o tema, v. RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. O STF às voltas com a “navalha de Ockham”: uma proibição de insuficiência como controle de proporcionalidade das omissões?. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo P. de. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 324-326; e SOUSA FILHO, Ademair Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 31- 49.

49 O Ministro Luís Roberto Barroso resenhou as hipóteses mais comuns de reconhecimento do direito à remição sem correspondência na lei penal: “o direito processual penal tem admitido a remição da pena em hipóteses não contempladas na LEP, inclusive criadas por Tribunais. A própria remição penal pelo estudo foi concedida durante muitos anos por decisões judiciais (há julgados do STJ que datam de 2003 e até uma súmula sobre o tema), mas apenas em 2011 ganhou previsão legal. Atualmente, também a remição pela leitura é aplicada, no âmbito federal, sem que haja autorização em lei. A hipótese é regulada pela Portaria Conjunta Depen/CJF nº 276, de 2012, que prevê a possibilidade de redução de 4 dias de pena por obra lida por mês pelo detento, no limite de 48 dias de remição de pena por ano, e foi objeto da Recomendação nº 44/2013, do CNJ, que orientou os Tribunais estaduais a reconhecerem a remição pela leitura de acordo com os mesmos critérios” (STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p./ acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017).

experiência jurisprudencial brasileira nos últimos anos, o Poder Judiciário está autorizado a corrigir, na análise dos casos concretos, as insuficiências do regramento legal da detração, tanto por meio da técnica de interpretação extensiva da disposição contida no art. 42 do CP, como também pelo preenchimento de vazios normativos por meio do emprego da analogia *in bonam partem*.

Em sentido contrário a essa tendência de ampliação, por meio da analogia, do âmbito de incidência da detração, a decisão proferida pelo STF no exame das medidas cautelares no âmbito da ADPF 347 indeferiu todos os pedidos que pretendiam ampliar o escopo da detração para nela incluir uma cláusula geral de compensação punitiva em decorrência das violações aos direitos dos presos. O Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF, propôs que o Tribunal reconhecesse que *“como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão (reforço à aplicação de penas alternativas à privação de liberdade)”*⁵⁰. O Tribunal, entretanto, se recusou a afirmar que o *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional deveria ser considerado pelos juízes na fixação da pena e no exame dos pedidos de concessão de benefícios da execução penal.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, deferia em seu voto duas medidas cautelares que funcionavam como uma admissão geral dos equivalentes funcionais da pena, determinando *“aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal”* e também *“aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo”*⁵¹. Embora o Relator tenha acatado esses pedidos mais gerais, indeferiu os pedidos que dariam maior concretude e operacionalidade às noções de equivalentes funcionais da pena e de compensabilidade das restrições de direitos com carga punitiva na pena a ser cumprida:

50 STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

51 STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

O requerente formula dois últimos pedidos da espécie, envolvendo o tempo de prisão: o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, uma vez constatadas as condições desumanas do sistema carcerário, e o abatimento do tempo de prisão pelo mesmo motivo. Tenho-os como insubsistentes.

Em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. A contagem de tempo para a fruição desses direitos há de ser feita caso a caso, observando-se os parâmetros legais. Quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, falta previsão legal para tanto.⁵²

A recusa do Tribunal em admitir que as graves violações aos direitos dos presos brasileiros deveriam refletir no redimensionamento da pena se baseou em diversos fundamentos. O Ministro Edson Fachin se limitou a afirmar que deixava de conceder a medida cautelar em relação aos pedidos que pretendiam o reconhecimento do direito à compensação na pena das restrições ilegítimas de direitos fundamentais sofridas pelos presos brasileiros uma vez que eles seriam oportunamente analisados no momento do julgamento do mérito da ADPF. Já o Ministro Luís Roberto Barroso, embora tenha indicado concordar com as premissas gerais de que a pena cumprida em condições degradantes deveria gerar um direito à compensação punitiva, também indeferiu todos os pedidos cautelares que buscavam o reconhecimento desse direito por meio de uma decisão com efeito vinculante do STF:

A medida cautelar referida na letra “c” pede que se determine aos juízes que considerem o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro, no momento da concessão de cautelares penais, no momento da aplicação da pena, e durante o processo de execução penal. Também aqui, Presidente, eu interpreto este pedido cautelar da letra “c” como uma boa e necessária recomendação aos órgãos do Poder Judiciário. É preciso levar

52 STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

em conta que o sistema está sobrecarregado, que o Sistema não ressocializa, que o sistema embrutece. Porém, acho que já decorre do sistema jurídico esse dever dos juízes, e também não veria razão para verter essa determinação em uma ordem cautelar. É certo que, muitas vezes, os juízes não levam isso em conta, pois estou aqui reafirmando que devem levar isso em conta, mas não sob a forma de medida cautelar vinculante, ensejadora de reclamações.

Em relação à letra “d”, os juízes devem aplicar, sempre que viável, penas alternativas à prisão. Penso que há uma certa semelhança com a letra “a” e, pelas mesmas razões, eu não estou deferindo essa cautelar. Reitero, todavia, que estou de acordo com a proposição que nela se contém de que, muitas vezes, o condenado cumpre pena em condições mais gravosas do que seria tolerável.

Para reparar isso, numa ação de reparação de dano, da Relatoria do eminente Ministro Teori Zavascki, eu propus que o modelo de indenização fosse um modelo que se materializasse em diminuição da pena, em remição de pena, em vez do pagamento de valores pecuniários. A Ministra Rosa Weber pediu vista para estudar mais adequadamente essa complexa questão. Desse modo, em relação à letra “d” e também às letras “e” e “f”, penso que o eventual abatimento de tempo só poderia se dar a título de remição de pena, como observou o Ministro Marco Aurélio. Quer dizer, o Juiz não pode, como regra geral, fugir das regras de progressão de regime e de fixação de pena que constam da legislação. Porém, eu repito, havendo pedido de reparação que, a meu ver, deve ser feito perante o Juízo da execução penal, acho, sim, que, a título de reparação, o juiz pode eventualmente reduzir a pena.⁵³

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, nesse ponto, apresenta alguns aspectos bastante interessantes. Em primeiro lugar, percebe-se uma cautela do Ministro em relação ao deferimento dessas medidas cautelares por uma razão de ordem pragmática: o descumprimento dessas determinações por juízes e Tribunais ensejariam o cabimento de reclamação constitucional e isso poderia criar um ambiente propício a fazer do STF

53 STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

um órgão de revisão geral de todas as decisões criminais do país. Essa preocupação não é irrelevante. De fato, uma decisão judicial proferida pelo STF no âmbito de controle concentrado de constitucionalidade que determinasse que todos os juízes criminais brasileiros considerassem o *estado de coisas inconstitucional* no momento da determinação da pena e dos benefícios da execução penal – afirmando uma cláusula geral de compensabilidade da violação de direitos no tempo e no modo de cumprimento da pena – poderia incitar o abuso na utilização da reclamação constitucional como mecanismo de revisão de toda e qualquer sentença condenatória ou decisão no âmbito da execução da pena. Essa preocupação legítima de ordem pragmática pode ser contornada por outros meios que não impeçam o avanço da jurisprudência no sentido da incorporação definitiva da noção de equivalentes funcionais da pena e da afirmação do direito à compensação na pena das restrições de direitos fundamentais sofridas pelos indivíduos como resposta ao cometimento do delito. Tal direito à compensação fica ainda mais evidente na medida em que essas restrições sejam ilegítimas e praticadas diretamente pelo Estado, como as que resultam da violação de direitos na execução da pena em razão do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional.

Há, ainda, outro aspecto relevante no voto-vogal proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso que merece ser melhor explorado, especialmente no julgamento do mérito da ADPF 347. É que o Ministro reconheceu que *“muitas vezes o condenado cumpre pena em condições mais gravosas do que seria tolerável”* e que essa situação o teria levado a propor, em outro julgamento, que o modelo de reparação do dano sofrido pelo preso nesses condições privilegiasse um sistema de diminuição da pena, a título de remição, que resultaria no abatimento do tempo de prisão. Por isso, em seu voto na MC da ADPF 347, afirmou que *“havendo pedido de reparação que, a meu ver, deve ser feito perante o Juízo da execução penal, acho, sim, que, a título de reparação, o juiz pode eventualmente reduzir a pena”*⁵⁴.

A admissão dessa possibilidade de abatimento da pena em razão da violação de direitos na fase de execução constitui um passo importante para a consolidação dessa orientação jurisprudencial. Entretanto, não parece ser necessário adotar um regime processual rígido, como inicialmente

54 STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 09.09.2015.

cogitou o Ministro Luís Roberto Barroso, baseado no ajuizamento de ação de reparação de danos para o que o juiz efetue as devidas compensações na punição em função do reconhecimento da presença de certos equivalentes funcionais da pena. O direito à tutela judicial substancial exige que, para cada tipo de violação ao direito à liberdade, haja uma tutela jurisdicional adequada, de modo que o acesso à justiça deve ser o mais amplo possível, especialmente quando se trata de uma clientela hipossuficiente como os presos brasileiros. Os pedidos de compensação punitiva devem ser recebidos sem maiores formalidades, como, aliás, a própria jurisprudência brasileira admite em relação ao *habeas corpus*⁵⁵. Não há qualquer razão para adotar requisitos processuais mais rigorosos para os pedidos de compensação da pena do que aqueles exigidos para o cabimento do *habeas corpus*, já que é o direito à liberdade de locomoção que está em jogo.

Outro aspecto de grande relevância está na proposta formulada pelo Ministro Luís Roberto Barroso de admitir a compensação na pena decorrente da violação de direitos fundamentais dos presos. Essa proposta representou, no Brasil, a semente do desenvolvimento jurisprudencial da teoria dos equivalentes funcionais da pena e do reconhecimento do direito à compensação punitiva resultante da imposição de restrições ilegítimas aos direitos dos apenados. Depois de sintetizar com precisão os direitos fundamentais dos presos que são sistematicamente violados pelo Estado, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que “[d]iante dessa situação calamitosa, é evidente que, na esmagadora maioria dos casos, mandar uma pessoa para o sistema prisional é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente aplicada. Mais do que a privação de liberdade, impõe-se ao preso a perda da sua integridade, de aspectos essenciais de sua dignidade, assim como das perspectivas de reinserção na sociedade”⁵⁶.

Embora a proposta apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso tenha se baseado na aplicação analógica da *remição* – e não na aplicação analógica da *detração*, como se propõe neste trabalho –, suas premissas sustentam adequadamente a ideia de que o cumprimento da pena em condições mais gravosas do que aquela estabelecida em lei revela um conteúdo

55 V., sobre o tema, SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O habeas corpus coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 25, n. 137, p. 287-319, nov. 2017.

56 STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

punitivo autônomo que deve ser compreendido como pena em sentido amplo para fins de compensação punitiva:

Nessa linha, a solução que se propõe é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparados, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer: a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a “indenização mede-se pela extensão do dano”⁵⁷, a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento.

[...]

O mecanismo de reparação de danos proposto, como se viu, é admitido no Direito Comparado, tendo sido adotado pela Itália e aprovado pela Corte Europeia de Direitos Humanos⁵⁸. Ao analisar o mecanismo, a CEDH concluiu se tratar de “*uma reparação adequada em caso de más condições materiais de detenção*”, com “*a vantagem inegável de contribuir para o problema da superlotação*”⁵⁹.

109. No Brasil, muito embora a remição da pena como meio indenizatório ainda não tenha sido cogitada pelo Direito, ela é inteiramente reconduzível ao sistema normativo vigente, tanto em sua *lógica estruturante*, quanto em sua *forma e modo de execução*. É o que se passa a demonstrar.

57 Código Civil, art. 944.

58 As decisões de tribunais internacionais, além de importante fonte doutrinária, devem ser consideradas na interpretação constitucional a partir da lógica de uma integração discursiva entre as ideias, argumentos e soluções empregados. Como apontou Daniel Sarmento, “*existe uma tendência crescente e positiva de invocação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Comparado na interpretação constitucional. Hoje, as ideias constitucionais ‘migram’.* Há uma positiva troca de experiências, conceitos e ideias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo” (SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Direito Internacional: diálogo e tensões. In: LISBÔA, Cândice (Org.). *Vulnerabilidades e Invisibilidades*. Belo Horizonte: Arraes, 2015).

59 CEDH, Caso *Rexhepi et al. v. Italie*, j. em 16.09.2014.

110. Primeiro, sua *lógica estruturante* corresponde à ideia de que o tempo de pena cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, previstas em lei. Parece nítido que a situação calamitosa dos cárceres brasileiros agrava a pena imposta ao preso e atinge de forma mais intensa a sua integridade física e moral. Nesse sentido, a redução do tempo de prisão nada mais é do que o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento impróprio suportado pelo detento.

[...]

112. Segundo, no que se refere à sua *forma*, a remição da pena nada mais é do que um dos diversos mecanismos possíveis de reparação específica ou *in natura* de lesões existenciais. O preso confinado em celas superlotadas, insalubres e sem mínimas condições de vida digna experimenta inevitavelmente uma diminuição mais acelerada de sua integridade física e moral e de sua saúde. O tempo de pena vivido pelo preso nessas condições é um tempo agravado, que não guarda proporção com a pena cominada abstratamente. Assim, ao abreviar a duração da pena, o remédio cumpre o papel de restituir ao detento o exato “bem da vida” lesionado. É que, nas palavras de Ana Messuti, o tempo é o “*verdadeiro significante da pena*”. A redução do tempo da condenação representa, assim, um remédio específico: a liberdade antecipada conquistada por meio do desconto da pena faz cessar as violações suportadas pelo preso no cárcere. O tempo de liberdade, fora das condições degradantes das prisões, torna-se, portanto, uma reparação muito mais efetiva que o dinheiro.

Nessa mesma oportunidade, o Ministro Luís Roberto Barroso rejeitou o argumento de que a ausência de previsão legal constituiria óbice ao reconhecimento do direito à compensação punitiva. Para isso, lembrou que “*o direito processual penal tem admitido a remição da pena em hipóteses não contempladas na LEP, inclusive criadas por Tribunais*”⁶⁰. Além disso, o aspecto central mais relevante dessa proposta está no reconhecimento do direito à redução da pena em razão de restrições ilegítimas de direitos fundamen-

60 STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017.

tais sofridas pelos presos e a adoção de critérios objetivos para tornar essa ideia operativa. A divergência quanto ao fundamento legal do argumento analógico que permitiria a compensação da pena – o Ministro Luís Roberto Barroso defende que a analogia seria estabelecida a partir do instituto da remição enquanto este trabalho aposta na analogia com o instituto da detração – não parece produzir efeitos mais relevantes para a afirmação da tese jurídica na qual se baseia a ideia de equivalentes funcionais da pena e o regime de compensação punitiva por ela exigida.

A escolha da detração como instituto-base da argumentação desenvolvida no sentido da incorporação definitiva da noção de equivalentes funcionais da pena para a afirmação do direito à compensação na pena das restrições de direitos fundamentais sofridas pelos indivíduos como resposta ao cometimento do delito se baseia em duas razões principais. *Primeiro*, o instituto da detração parece ter maior proximidade com o problema enfrentado do que a remição. Esta tem por objetivo reduzir a pena com fundamento da ideia de *compensação constitutiva* ou *positiva* da culpabilidade, que se mostra presente naquelas hipóteses em que medidas ressocializadoras realizadas pelo apenado podem amenizar a utilidade da pena tal como definida pela sentença condenatória⁶¹. Já a detração tem por objetivo compensar a restrição de direitos fundamentais sofridas no curso do processo, como consequência de *compensação destrutiva* da culpabilidade. A sua *ratio* está bem mais próxima àquela da compensação na pena de qualquer tipo de restrição de direito fundamental, independente do momento em que ocorra (no curso do processo ou na fase de execução da pena). *Segundo*, os avanços já alcançados pela doutrina e jurisprudência no Brasil em relação ao tema da detração, inclusive com o uso da analogia, para ampliar seu alcance – como, mais recentemente, tem ocorrido com a detração resultante do cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – constituem um forte capital argumentativo para o reconhecimento amplo do direito à compensação na pena das mais diversas restrições de direitos

61 Nesse sentido, o voto proferido pela Ministra Rosa Weber: “*Bem relembra, todavia, o Ministro Luís Roberto, a existência de antecedentes nacionais autorizadores da remição pelo estudo, historicamente concedida pelos Tribunais brasileiros antes de sua positivação no ordenamento pátrio. Em qualquer hipótese, observo que tanto a remição pelo estudo como a remição pelo trabalho, as duas categorias básicas citadas pelo art. 126 da Lei de Execuções Penais, pressupõem prática de ato pelo reeducando, indicativo de seu interesse na ressocialização. Trata-se de um agir orientado a fim positivamente valorado pela Lei de Execuções Penais. Ainda que o art. 126, § 4º, da LEP autorize remição ao preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou estudo, o que se tem na base do instituto é a vontade do interessado, interrompida por motivos alheios ocorridos enquanto este exercia tal autodeterminação*” (STF, RE 580252, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 16.02.2017).

fundamentais, especialmente aquelas impostas pelo próprio Estado como resposta à prática delitativa.

A virtuosa proposta apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, embora não tenha sido acolhida pelo STF como modalidade preferencial de reparação por danos sofridos pelo preso, tem potencial para alterar a interpretação constitucional do instituto da detração, para nele fazer incluir a possibilidade de compensação das mais diversas formas de restrição de direitos fundamentais impostas aos investigados, réus e apenados, em qualquer fase da persecução criminal ou da execução da pena. O reconhecimento de que essas restrições possuem carga aflitiva equiparável à da pena (equivalentes funcionais da pena) constitui passo essencial para a consolidação de uma cultura de respeito aos direitos fundamentais no campo penal, produzindo, ainda, enorme potencial para impactar positivamente o grave problema da superlotação carcerária no Brasil.

VI. CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional brasileira deve promover uma urgente constitucionalização da prisão, tornando-a uma verdadeira medida de *ultima ratio*. A superação da cultura do encarceramento exige intervenções estratégicas do STF para corrigir as principais deficiências dos modelos de aplicação da pena e do regime prisional e também para reconhecer um sistema de compensações punitivas com base na ideia de *equivalentes funcionais da pena*. Essas medidas, defendidas de forma inovadora no STF pelo Ministro Luís Roberto Barroso, podem contribuir para reduzir o *hiperencarceramento*, racionalizar o sistema punitivo e superar o *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro.

O Controle Concentrado e Abstrato de Constitucionalidade e o Princípio da Não Surpresa e do Contraditório Substancial e o da Motivação Específica.

Ana Paula de Barcellos

Professora Titular de Direito Constitucional da UERJ

Mestre e Doutora - UERJ

Pós-Doutora - Harvard

RESUMO: O objetivo deste pequeno estudo é sustentar a aplicabilidade, no âmbito dos processos de controle abstrato de constitucionalidade, do princípio da não surpresa e do contraditório substancial e o da motivação específica, de que tratou o Novo Código de Processo Civil. O artigo pretende também sugerir como esses princípios poderiam ser implementados de forma concreta na dinâmica atual dos processos de controle abstrato de constitucionalidade, sobretudo perante o Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This paper puts forward the idea that three norms provided by the 2015 Civil Procedure Code – the non-surprise principle, the parties’ right to confront every issue, factual or legal, to be decided and the specific on the records state of reasons principle – should also apply to the abstract judicial review proceedings. The paper proposes how these principles can be used in the actual dynamic of these proceedings before the Brazilian Supreme Court.

PALAVRAS-CHAVE: contraditório substancial, motivação específica, não surpresa, controle abstrato de constitucionalidade

KEY-WORDS: abstract judicial review, due process.

I. Introdução: o problema do contraditório e da motivação nos processos de controle concentrado de constitucionalidade.

Passados 30 anos da Constituição de 1988 e 20 anos da Lei 9.868/99, o crescimento da importância do controle concentrado de constitucionalidade no país pode ser descrito como exponencial. O Supremo Tribunal Federal, em particular, é cada vez mais provocado a manifestar-se em abstrato sobre a validade de normas, atos normativos e, via ADPF, atos do Poder Público de forma mais ampla e, de fato, cada vez mais se manifesta acerca da validade ou não de atos dos outros Poderes. A dinâmica dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, porém, evoluiu muito pouco nesse período e merece uma reflexão mais atenta.

O novo Código de Processo Civil consagrou de forma particularmente detalhada dois princípios que, a rigor, já existiam e decorriam de disposições da própria Constituição de 1988, a saber: o chamado princípio da não surpresa e do contraditório substancial e o princípio da motivação específica. Como se sabe, os arts. 9º e 10º tratam do primeiro princípio e o art. 489 detalha o segundo. A transcrição dos dispositivos é útil:

“Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1^a Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2^a No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3^a A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

O princípio da não surpresa e do contraditório substancial impõe, nos termos dos arts. 9^o e 10^o transcritos, que, salvo hipóteses excepcionais especificadas no dispositivo, e que dizem respeito a espécies de decisões, e não ao conteúdo delas, o Juiz não poderá decidir com base em qualquer

fundamento – de fato ou de direito – acerca do qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar. A ideia, portanto, é que as partes possam efetivamente influenciar, por meio de suas manifestações, na formação da decisão a ser tomada pelo magistrado.

O princípio da motivação específica, agora detalhada no art. 489 e seus parágrafos, complementa essa exigência: afinal, pouco adiantaria que as partes tivessem oportunidade de se manifestar se o juiz pudesse ignorar inteiramente o que suscitado por elas, por exemplo. No esforço de dar um conteúdo mais objetivo ao dever geral de motivação das decisões judiciais, o que o art. 489 pretendeu foi positivar testes negativos, isto é: os dispositivos indicam circunstâncias, infelizmente comuns na experiência, que revelam o que *não é* uma decisão fundamentada.

Nada obstante tais previsões do NCPC, o que se entende tradicionalmente é que elas não se aplicariam propriamente aos processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. A teoria é a seguinte: os processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade não envolvem partes ou pretensões subjetivas, mas o debate em abstrato da validade de normas, tendo por isso uma natureza objetiva. Isto é: as decisões no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade não teriam um impacto direto e imediato na esfera subjetiva das pessoas, não havendo propriamente interesses em disputa ou uma lide a ser decidida, como os processos subjetivos em geral. E, portanto, se não há impacto direto sobre partes, não haveria necessidade de uma aplicação tão analítica dessas garantias.

Em resumo: os princípios do contraditório e da motivação – e particularmente sua versão reforçada, tal qual prevista no NCPC – aplicar-se-iam aos processos subjetivos e a suas partes, mas não, nesse formato, aos processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Neles, o contraditório seria levado a cabo pelas instituições encarregadas de se manifestar nos termos da própria Constituição.

A Constituição prevê, por exemplo, que a Advocacia Geral da União deve se manifestar para defesa da lei ou ato normativo impugnado (CF, art. 103, § 3º). Em algumas circunstâncias, porém, sobretudo quando já haja jurisprudência da Corte na matéria, o STF permite que a AGU se

manifeste de forma livre, e não na defesa da lei¹. A questão é sensível, já que, na lógica constitucional, o papel da Advocacia Geral da União visa a, justamente, garantir um mínimo de contraditório e de visões diversas no debate². O Procurador Geral da República deverá igualmente ser ouvido, manifestando-se como *custos legis* no sentido da validade ou invalidade da norma de acordo com sua convicção (CF, art. 103, § 1º). É possível, como se vê, que no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade todas as instituições originariamente participantes – o requerente, o AGU e a PGR – sustentem a inconstitucionalidade da norma impugnada, sem qualquer contraponto, inclusive para demonstrar, por exemplo, que a hipótese não é a mesma já decidida por eventual jurisprudência anterior do STF.

Além da AGU e do PGR, a Lei nº 9.868/98, art. 6º, prevê que o Relator pedirá informações às autoridades responsáveis pelo ato impugnado. E, paralelamente à participação de tais autoridades, a Lei nº 9.868/98, art. 7º, § 2º prevê que o Relator poderá admitir a intervenção de outros órgãos ou entidades representativos – os *amici curiae* – diante da relevância da questão. O Relator poderá também convocar audiência pública (Lei nº 9.868/98, art. 9º, § 1º) para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria. Não se reconhece a qualquer dessas instituições ou pessoas, entretanto, um direito a se manifestar, no exercício do contraditório, acerca do que tenha sido apresentado por qualquer das outras, por exemplo; nem se reconhece a elas o direito de serem ouvidas previamente sobre eventuais fundamentos que a Corte pretenda apreciar, e que não tenham sido por elas suscitados.

Esses terceiros, a rigor, são admitidos por um juízo insindicável do Relator: a admissão como *amicus curiae* decorre, como se sabe, de uma decisão discricionária da qual não cabe recurso (Lei nº 9.868/98, art. 7º, § 1º)³, e essa também é a lógica aplicada à admissão para participar de audiên-

1 STF, ADI 3916 QO/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 03 fev. 2010, DJ 14.05.2010; STF, ADI 1.616/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24 mai. 2001, DJ 24.08.2001.

2 Nesse sentido ressaltou o Min. Cezar Peluso no julgamento STF, ADI 3916 QO/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 03 fev. 2010, DJ 14.05.2010, p.79: “Essa função não é bem de curadoria, é função que atende ao caráter objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, à qual, portanto, falta, por princípio, uma parte oposta interessada, capaz de exercer o contraditório. Em outras palavras, essa previsão atribui uma função específica, distinta daquela em que a Advocacia, definida como órgão que tutela em juízo os interesses da União, atende à necessidade de instrução do processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, para concretizar contraposição de argumentos que permita à Corte examinar com mais profundidade a arguição”.

3 STF, RE 808202 AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje 30.06.2017: “EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Processual. Decisão de indeferimento de ingresso de terceiro como amigo da Corte. *Amicus curiae*. Requisi-

cias públicas. Além disso, como se sabe, o STF como regra só admite o ingresso de *amicus curiae* antes de iniciado o julgamento: mesmo que ele se prolongue por muitos meses por conta de pedidos de vista e que questões novas sejam suscitadas pelos Ministros ao longo do caminho⁴.

Sobre a motivação, e como é corrente, o STF entende que no âmbito de processos de controle de constitucionalidade a causa de pedir é aberta. Isto é: o Tribunal, embora limitado pelo pedido formulado, não está vinculado aos fundamentos apresentados pelo autor da ação, de modo que a norma impugnada pode ser declarada inconstitucional por razões diversas das suscitadas pelo requerente na petição inicial⁵. É perfeitamente possível, portanto, e não chega a ser incomum, que os fundamentos de determinada decisão tomada pela Corte não tenham sido alvo de qualquer manifestação específica das instituições participantes do processo ou dos *amici curiae* eventualmente admitidos no feito.

tos. Representatividade adequada. Poderes do ministro relator. Ausência de fundamentação. Não ocorrência. Agravo não provido. 1. A atividade do *amicus curiae* possui natureza meramente colaborativa, pelo que inexistiu direito subjetivo de terceiro de atuar como amigo da Corte. O relator, no exercício de seus poderes, pode admitir o amigo da corte ou não, observando os critérios legais e jurisprudenciais e, ainda, a conveniência da intervenção para a instrução do feito. 2. O requisito da representatividade adequada exige do requerente, além da capacidade de representação de um conjunto de pessoas, a existência de uma preocupação institucional e a capacidade de efetivamente contribuir para o debate. 3. Havendo concorrência de pedidos de ingresso oriundos de instituições com deveres, interesses e poderes de representação total ou parcialmente coincidentes, por razões de racionalidade e economia processual, defere-se o ingresso do postulante dotado de representatividade mais ampla. Precedentes. 4. Vícios de fundamentação inexistentes. 5. Agravo regimental não provido.”

4 STF, ADI 2.435 AgR, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 10.12.2015: “AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REQUERIMENTO DE INGRESSO COMO *AMICUS CURIAE* EM DATA POSTERIOR À INCLUSÃO DO PROCESSO NA PAUTA DE JULGAMENTO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”; e STF, ADI-AgR 4.071, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe de 16.10.2009, Tribunal Pleno: “Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário. 2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual “a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator”. 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevaletentes, o que não se verifica no caso. 4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

5 STF, ADI 5749 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 26.02.2018: “Ementa: constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Objeto abrangido por ação anterior intentada pela mesma parte. Causa de pedir aberta das ações de controle concentrado. Desnecessidade de nova impugnação ao mesmo ato normativo quando possível declinar os mesmos fundamentos em ação já em curso no Supremo Tribunal Federal. Litispêndia parcial. 1. A causa de pedir aberta das ações do controle concentrado de constitucionalidade torna desnecessário o ajuizamento de nova ação direta para a impugnação de norma cuja constitucionalidade já é discutida em ação direta em trâmite perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, proposta pelo mesma parte processual. 2. Verificada a identidade entre as partes, o pedido e a causa de pedir, no tocante à declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, impõe-se a extinção sem resolução do mérito da segunda ação direta proposta. 3. Agravo Regimental conhecido e desprovido.”

Esse quadro não parece o ideal por ao menos duas razões, que se passa a expor. Em primeiro lugar, porque a natureza objetiva do processo de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que verdadeira em alguma medida, não afasta a realidade dos interesses em disputa e dos impactos que as decisões nessa espécie de processo produzem sobre a sociedade em geral, e sobre grupos dentro dela em particular, dependendo do tema em debate. Em segundo lugar, porque as garantias do contraditório e da motivação no âmbito do processos de controle concentrado de constitucionalidade devem ser compreendidas à luz dos princípios republicano e democrático, que conduzem justamente o tema a soluções muito próximas daquelas adotadas pelo NCPC. Confira-se.

II. CONTRADITÓRIO E MOTIVAÇÃO PARA ALÉM DA NATUREZA OBJETIVA DOS PROCESSOS DE CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como já referido, os processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade são considerados processos objetivos, o que significa, de forma simples, que sua finalidade principal não é a tutela de interesses individuais ou subjetivos, mas sim a defesa da integridade da ordem jurídico-constitucional. Estão nessa categoria a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e, na prática, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (embora ela também possa admitir uma modalidade não abstrata), todas dirigidas ao STF, e a representação por inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados. O artigo se ocupa mais concentradamente da atuação do STF, mas a lógica pode ser aplicada também aos Tribunais de Justiça.

Na realidade, há em curso no país, como se sabe, um processo de aproximação dos mecanismos de controle difuso e incidental relativamente àqueles típicos do controle concentrado e abstrato, e essa aproximação se dá sobretudo por meio do que se denomina “objetivação” do controle difuso e incidental, isto é, a atribuição de efeitos gerais e, em alguns casos, vinculantes às decisões proferidas em sede de controle difuso e incidental. Curiosamente, porém, no que diz respeito ao contraditório e à motivação, os pressupostos dos processos objetivos têm influenciado mais o controle difuso e incidental objetivado do que o inverso: a lógica tradicional dos pro-

cessos subjetivos tem sido pouco capaz de promover a rediscussão de alguns paradigmas do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.

E isso porque, apesar da afirmação teórica acerca da natureza objetiva desses processos, é impossível esconder os interesses subjetivos existentes na discussão e que serão afetados – direta ou indiretamente – pela decisão acerca da validade ou invalidade das normas: esses interesses permanecem todo tempo a espreita e tanto quanto possível vêm a tona, tentando fazer-se ouvidos pelos órgãos encarregados de decidir a questão. Ao declarar válidas ou inválidas normas tributárias, por exemplo, o impacto sobre os contribuintes ou sobre o erário será imediato. Mas o fenômeno não é observado apenas em matéria tributária. Considerando os efeitos vinculantes de tais decisões, a rigor todas as autoridades administrativas e judiciais do país passaram a adotar o entendimento fixado pelo STF, afetando, por óbvio, a esfera jurídica das pessoas físicas e jurídicas.

O argumento de que sempre será necessária uma outra decisão – eventualmente judicial ou administrativa – para impor os efeitos da decisão do STF sobre a esfera subjetiva é, com todo o respeito, puramente retórico. As pessoas não poderão rediscutir perante essas autoridades o que o STF tenha decidido, de modo que sofrerão a incidência direta de uma decisão proferida no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade da qual não participaram e cuja formação não tiveram qualquer possibilidade de influenciar.

A própria disciplina das ações de controle concentrado e abstrato, cada vez mais, revela essa realidade indisputável. Alguns exemplos ilustram o ponto. Na Constituição anterior, apenas o Procurador-Geral da República podia ajuizar ações dessa natureza. O constituinte de 1988 rompeu com essa tradição e ampliou significativamente o rol de legitimados, inclusive com a inclusão de atores representativos da sociedade civil, tais como as confederações sindicais, os partidos políticos e as entidades de classe de âmbito nacional, que interessam diretamente ao presente estudo. A medida fortalece em grande medida a base de legitimação democrática da jurisdição constitucional, que passa a operar como um mecanismo de defesa e mesmo de participação da sociedade na condução dos negócios públicos, em lugar de servir apenas como instrumento de governo⁶.

⁶ Sobre o tema, v. CITTADINO, Gisele, *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck, *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 31; e SILVA, Anabelle Macedo, *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 139.

Tendo em conta a lista contida no art. 103 da Constituição, a prática do STF distinguiu duas categorias de agentes legitimados à propositura das ações objetivas⁷: os *universais* e os *especiais*. Os primeiros poderão impugnar qualquer ato suscetível de controle por essa via, ainda que o tema nele versado não guarde qualquer relação com sua atividade institucional. A atuação dos legitimados especiais, por seu turno, é condicionada à demonstração de que o ato impugnado repercute diretamente sobre os interesses do proponente. Trata-se de verificar a correlação, no tocante à matéria em discussão, entre os objetivos sociais do requerente e o ato que ele pretende ver examinado em sede de controle abstrato do constitucionalidade. Esse requisito adicional de legitimidade é, em geral, identificado pela expressão pertinência temática.

São considerados legitimados universais o Presidente da República (inciso I); a Mesa do Senado Federal (inciso II); a Mesa da Câmara dos Deputados (inciso III); o Procurador-Geral da República (inciso V); o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inciso VII); e o partido político com representação no Congresso Nacional⁸ (inciso VIII). Ao passo que os demais são classificados como especiais, devendo, portanto, demonstrar a presença de pertinência temática em cada caso⁹, para que sua legitimidade ativa seja reconhecida. Observa-se aqui, de forma bastante evidente, uma relativa superposição entre os domínios do processo objetivo e os da jurisdição ordinária, de natureza subjetiva, na qual o *interesse de agir* – figura a que se pode associar a noção de pertinência temática – é um elemento fundamental para que a ação seja conhecida e processada¹⁰.

7 STF, ADI 1.096 MC/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16 mar. 1995, DJ 22 set. 1995.

8 A aferição da legitimidade para a ação deve ser feita no momento de sua propositura. Nesse sentido, o STF já destacou que a perda superveniente de representação do Partido em âmbito nacional não afeta a ação já proposta. V. STF, ADI 2.618-6 AgR-AgR/PR, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 12.08.2004, DJ 31.03.2006.

9 A pertinência temática da Mesa da Assembleia Legislativa significa que ela somente pode propor ADI quando houver ligação entre a norma impugnada e a competência do Estado ou da própria casa legislativa, o mesmo ocorre com os Governadores que ficam submissos à existência de pertinência temática entre o ato normativo impugnado e os interesses que lhe cabem tutelar. Quanto às entidades de classe, “A jurisprudência do STF é firme no sentido de se exigir, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e das confederações sindicais para as ações de controle concentrado, a existência de correlação entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação”, conforme STF, ADI 4.722 AgR/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02 dez. 2016, DJ 15.02.2017.

10 MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 145: “Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do processo do controle de normas”.

Um segundo exemplo diz respeito à possibilidade prevista pela Lei nº 9.868/98, art. 7º, § 2º, de que o Relator poderá admitir a intervenção de outros órgãos ou entidades representativos – os *amici curiae* – diante da relevância da questão. Como já mencionado, a Lei autoriza ainda, no art. 9º, a convocação de audiências públicas, a designação de peritos e a solicitação de informações a outros tribunais do país. Além dessas previsões específicas, o NCPC contém agora previsão geral no sentido da possibilidade de participação de *amicus curiae*¹¹ e ampliou as previsões que tratam da convocação de audiências públicas¹². Vale o registro de que mesmo antes dessas alterações legislativas o STF já vinha utilizando de forma mais ampla esses mecanismos de participação da sociedade.

Não há dúvida de que esses mecanismos veiculam uma oportunidade de os grupos de interesse da sociedade apresentarem suas visões e razões perante a Corte, considerando que, afinal – a despeito de se tratar de um processo objetivo no qual a questão jurídica é discutida em abstrato –, a decisão tomada afetará a sociedade em geral, e determinados grupos de forma mais específica.

Vale o registro, porém, de que, apesar desses mecanismos permitirem uma maior participação da sociedade, e dos setores afetados, no âmbito dos processos perante o STF, há uma crítica relevante a esse argumento, no sentido de que em muitos casos essa participação é puramente ritual ou simbólica. E isso porque os votos e decisões tomadas pelos Ministros, frequentemente, sequer citam, e menos ainda consideram ou examinam de fato os argumentos suscitados pelos *amici curiae* ou em audiências públicas¹³. Além disso, poucas instituições representam a maioria das habilitações em diferentes processos¹⁴.

Por fim, um terceiro exemplo envolve o tema da modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no tempo. A Lei nº 9.868/99, art. 27, prevê

¹¹ Lei nº 13.105/2015, art. 138.

¹² Lei nº 13.105/2015, arts. 983 e 1.038.

¹³ V. COSTA, Beatriz Castilho. *A influência exercida pelo amicus curiae nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos acordãos das ações diretas de inconstitucionalidade decididas majoritariamente*. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Poder Judiciário, 2012.

¹⁴ Para um levantamento desses dados, v. LEAL, Fernando. O mito da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Disponível em <https://www.jota.info/stf/supra/o-mito-da-sociedade-aberta-de-interpretes-da-constituicao-08032018> (acesso em 1.06.2018).

expressamente essa possibilidade diante de razões de “segurança jurídica e excepcional interesse social”, e por manifestação de 2/3 dos Ministros da Corte. Ora, a eventual necessidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo STF nesse contexto apenas ilustra que elas não se ocupam apenas da integridade, em tese, do sistema jurídico, mas podem afetar de forma muito concreta e relevante a esfera jurídica das pessoas.

Pois bem. Se é assim, e se os processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade repercutem sobre a liberdade e os bens das pessoas – e, em geral, sem a possibilidade de qualquer recurso contra uma decisão que terá, ademais, efeitos gerais e vinculantes –, não há porque não aplicar aqui as garantias de que tratam os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição, que tratam do devido processo legal e do contraditório, bem como da exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX). Muito ao revés, considerando a dimensão do impacto dessas decisões, tais garantias deveriam ser especialmente consideradas e aplicadas.

É certo que não existe uma fórmula única de devido processo legal, e a dinâmica do contraditório pode assumir formas mais ou menos complexas. Nada obstante, uma exigência básica da garantia constitucional é a de que os diferentes interessados, com posições diversas e antagônicas acerca da questão, tenham oportunidade de se manifestar e assim influenciar efetivamente a formação da decisão a ser tomada¹⁵.

No contexto dos processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade isso deveria significar a oportunidade para que os participantes do processo – incluindo particularmente os *amici curiae* – tenham a possibilidade de se manifestar sobre novos fatos e razões apresentados à Corte. Também significa que o Relator, caso pretenda valer-se de fundamento novo, sobre o qual os participantes do processo não tiveram oportunidade de se manifestar, deverá franquear formalmente essa oportunidade, de modo a colher a visão deles sobre o ponto para então formar o seu juízo. Não há necessidade de restringir a figura da causa de pedir aberta, mas de associar a esse poder um dever: o dever de estar disposto a ouvir o que os participantes do processo tenham a dizer sobre esse novo fundamento.

15 Confira-se, por todos, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e outros, *Teoria geral do processo*, 1996, p. 57; e GRINOVER, Ada Pellegrini, Princípios processuais e princípios de Direito Administrativo no quadro das garantias constitucionais, *Revista Forense* 387:3, 2006, p. 5-6.

Naturalmente, sob a perspectiva da motivação, cabe ao julgador examinar – para acolher ou refutar – os fatos e razões apresentados pelos participantes no processo. A previsão hoje constante do inciso IV do § 1º do art. 489 do NCPC, - pela qual se considera não motivada decisão quando “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” – não representa, a rigor, qualquer inovação. Se não coubesse ao órgão julgador examinar as razões apresentadas pelos participantes do processo, qual seria o sentido do processo em si? E do contraditório? E da possibilidade de se manifestar conferida a tais pessoas? A necessidade de o juiz examinar os argumentos apresentados decorre logicamente da própria existência do processo, sob pena de, afinal, consagrar-se um grande fingimento incompatível não apenas com as normas constitucionais que tratam das garantias referidas, mas também que organizam o Estado de forma mais ampla: é sobre elas que se passa a tratar.

III. PRINCÍPIOS REPUBLICANO E DEMOCRÁTICO: CONTRADITÓRIO E MOTIVAÇÃO NOS PROCESSOS DE CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O Estado brasileiro, como se sabe, é uma república democrática. Dentre muitos outros desdobramentos, essas duas opções fundamentais do Estado brasileiro significam, em primeiro lugar, que as pessoas são essencialmente iguais, sem privilégios de classe ou nascimento, de modo que não há um título para que alguém, por pertencer a determinada família ou a qualquer outro grupo, tenha o direito de governar sobre os demais.

Como consequência, o poder de decidir sobre o que quer que afete a coletividade como um todo só pode pertencer à própria coletividade, de modo que o poder soberano reside no conjunto dos indivíduos: e nesse ponto república e democracia se mesclam necessariamente. E, uma vez que a opinião de cada indivíduo sobre decisões políticas tem idêntico valor, o único critério de decisão admissível, em tese, é o majoritário. A soberania popular democrática é, portanto, um corolário da ideia de igualdade¹⁶. Repita-se: em um Estado republicano, no qual todos são iguais, ninguém tem o direito de exercer poder político por seus méritos pessoais, excepcional capacidade ou sabedoria.

16 Constituição de 1988, art. 1º, parágrafo único: “Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Se é assim, e em segundo lugar, todo aquele que exerce poder político o faz na qualidade de agente delegado da coletividade e deve a ela satisfações por seus atos¹⁷. Esse raciocínio, bastante singelo do ponto de vista da teoria democrática, também se aplica ao Judiciário. O juiz exerce poder político ao desempenhar uma das atividades próprias do Estado: a jurisdição. É, portanto, um agente delegado da sociedade, a quem deve contas de sua atuação.

Ou seja: os princípios republicano e democrático significam que os agentes públicos agem em última análise por delegação do povo, e não por direito próprio ou gerindo interesse próprio. Não apenas os detentores de mandato popular, mas os agentes públicos em geral, que de alguma forma gerem bens ou interesses públicos ou tomam decisões imperativas, encontram-se nessa posição de agentes delegados e, portanto, têm o dever de prestar contas do exercício de seu ofício. Esse grupo inclui o Judiciário e, de forma mais específica, no sistema brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, cujas decisões, sobretudo em processos de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, afetam a sociedade como um todo. A motivação, por evidente, é o veículo pelo qual a Corte presta contas à sociedade de suas decisões.

A decisão judicial, lembre-se, não é mero conselho: ela poderá ser imposta pela força ao jurisdicionado, se necessário, em uma manifestação típica do poder de império estatal. No caso de decisões de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ela poderá ser imposta a um conjunto enorme de pessoas. Parece evidente que os cidadãos têm o direito de saber por que um seu agente delegado decidiu em determinado sentido e não em outro¹⁸.

17 BARROSO, Luís Roberto. “Promoção de magistrado por merecimento e recusa de promoção por antiguidade. Dever de voto aberto e motivado”. In: PELLEGRINA, Maria Aparecida e SILVA, Jane Granzoto Torres da (organizadoras). *Constitucionalismo social - Estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello*, 2003, pp. 194 e 195: “Assinale-se que em um Estado democrático de direito, todo poder é representativo, no sentido de que é exercido em nome do povo e deve visar à promoção do bem comum. O fato de os agentes públicos investidos de função judicial não serem escolhidos por meio de sufrágio popular não infirma a premissa estabelecida. Juizes não são eleitos por uma opção do constituinte, que reservou parcela do poder político para ser exercida com base em critérios técnicos, sem submissão aos mecanismos majoritários. Aliás, o Judiciário desempenha, muitas vezes, uma função contra-majoritária, invalidando atos dos outros Poderes e protegendo os direitos fundamentais contra o abuso das maiorias políticas. Mas o constituinte não dispensou os órgãos judiciais de um conjunto importante de controles próprios do regime democrático”. V. também PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*, 1989, p. 41: “Thus, democracy demands a legal decision making which harmonizes respect for both the wording of the law and its preparatory materials and, on the other hand, moral rights and values, including freedom and equality. It also demands that the decisions are justified as clearly as possible.”

18 AARNIO, Aulis. *Reason and Authority*, 1997, p. 193: “This is, thus, due to the fact that one of the most important properties of a mature democracy is openness. It makes the external control of the decision-making activity possible. This

Não se ignora o sem-número de obstáculos enfrentados pelos magistrados para cumprir o dever de motivar adequadamente (número reduzido de pessoal, grande quantidade de demandas, etc.). O que importa destacar aqui é que o dever de motivar não decorre apenas de uma regra formal contida no texto constitucional (art. 93, IX) ou no NCPC, ou ainda de uma exigência do direito de defesa das partes. Ele está vinculado à própria necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público, mais ainda quando se trate de decisões como as proferidas em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Na realidade, o tema da motivação das decisões jurídicas, sobretudo as judiciais, é cada vez mais relevante no Brasil por um conjunto de razões. Em primeiro lugar, a utilização intensiva pelos enunciados constitucionais e legais de princípios e conceitos abertos ou indeterminados, dentre outros mecanismos, transfere ao Judiciário contemporâneo um amplo poder na definição do que é, afinal, o direito. Sob pena de serem acusadas de puramente arbitrárias e ilegítimas em um Estado democrático de direito, as escolhas do intérprete nesse ambiente demandam justificativas¹⁹.

Por outro lado, e em segundo lugar, o processo de redemocratização do País, nos últimos vinte anos, a reorganização da sociedade civil e a liberdade de imprensa passaram a submeter o Judiciário à crítica a que estão sujeitos todos os poderes estatais. Obviamente, a necessidade de o agente público demonstrar a legitimidade de seus atos cresce à medida que haja mais controle²⁰. Essa assertiva se torna ainda mais relevante quando

holds true also as to the adjudication. The independence of the courts of justice does not mean that they are completely outside of the democratic control. The division of power guarantees the independence of the courts only in relation to the other power centres, especially to the executive power. On the other hand, the courts of justice are a part of society and of its democratic order. Also the courts must thus, in an open society, be under a societal control used by people. The only means of this control is the demand that the courts really *argue* for their decisions.¹⁹

19 LA TORRE, Maximo. *Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation*, Ratio Juris, vol. 14, n° 4, 2002, p. 382: “It is today the judge that is put forward as the new centre of the legal system, no longer the legislative power, like it or not. And in the judge’s view central importance inevitably attaches to the procedure by which the decision is arrived at. Here, the law is not enough, other criteria of choice have to be resorted to.”; e AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, 1991, p. 29: “Como se ha mencionado, el decisor ya no puede apoyarse en una mera autoridad formal. En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad.”

20 MAIA, António Cavalcanti. *A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea*, Revista Trimestral de Direito Público n° 8, 2001, pp. 280 e 281: “Eis que a reconstitucionalização implicou nítido alargamento

se trata não apenas de decisões judiciais em geral, mas decisões que repercutem sobre a sociedade como um todo.

Essas duas consequências referidas acima dizem respeito diretamente ao dever de motivação e sua conexão com os princípios constitucionais referidos. Mas há uma terceira consequência que se extrai igualmente dos princípios republicano e democrático e que repercute de forma direta sobre o tema do contraditório. O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional é vasto, e não é o caso de reproduzi-lo aqui, mas um elemento que tradicionalmente se considera relevante para a construção dessa legitimidade é justamente a existência de um procedimento do qual os interessados/potencialmente afetados podem participar, e mais: suas manifestações serão consideradas pela autoridade que tomará a decisão. O direito de participar de algum modo do processo de tomada de decisões que afetarão o indivíduo – ao menos na modalidade de “ser ouvido” – é essencial à lógica democrática.

Ora, não há nenhuma razão para imaginar que esse elemento é menos importante para a legitimidade das decisões proferidas em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, muito ao revés. Por quais razões o STF, ou qualquer outra Corte, poderiam validamente, e logicamente, se negar a ouvir as razões dos setores afetados pela sociedade? Ou imaginar que eles nada teriam a contribuir para o debate? Existem, é claro, dimensões práticas a serem consideradas que não se ignora. Muitas vezes um determinado setor tem dificuldade de se articular e apresenta múltiplas manifestações em um mesmo sentido que podem tumultuar o andamento do feito: parece razoável que isso seja desestimulado. Mas entre o mar e a terra, há muitos caminhos que podem ser trilhados. Por

nas funções dos juízes e uma maior participação do Judiciário nos problemas gerais da vida brasileira. Deste modo, cabe à comunidade dos profissionais do Direito uma reflexão mais profunda acerca destas questões, tendo em vista que a ‘nova retórica’ oferece novas possibilidades de reflexões no mundo do Direito e postula uma integração maior entre a produção doutrinário-acadêmica e o cotidiano do juiz e do advogado. Ademais, nos últimos anos tem-se frequentemente sustentado uma fiscalização maior da atividade do Judiciário, cogitando-se por vezes o controle externo deste poder. Trata-se de um debate difícil, complexo e delicado. (...) Entretanto, pode-se apontar uma outra forma – diferente daquela do controle externo – de procurar garantir mecanismos de fiscalização da sociedade e da comunidade dos operadores do Direito em relação ao Judiciário. Tal se daria, basicamente, a partir de uma outra perspectiva, situada numa dimensão metodológica, através de um exame mais apurado da fundamentação das decisões, à luz de todas essas cogitações de natureza teórica abertas pela *démarche* tópica. Neste quadro atual, onde os magistrados dispõem de uma área maior ainda de liberdade do que a tradicionalmente garantida em nossa história jurídica, impõe-se uma atenção maior à questão concernente às justificativas pelas quais os juízes chegam às decisões que dirimem as lides a eles submetidas.”

meio de normas procedimentais, o Tribunal pode, com alguma facilidade, estimular uma maior organização dessas manifestações e estimular um contraditório real e mais eficiente.

IV. CONCLUSÃO

O princípio da não surpresa e do contraditório substancial e o princípio da motivação específica, hoje detalhados nos arts. 9º e 10º e art. 489 do NCPC, decorrem, a rigor, da incidência dos princípios republicano e democrático no âmbito do processo, e mais ainda quando se trata dos mecanismos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, cujas decisões atingem toda a sociedade. Nesse sentido, a tese da natureza objetiva de tais feitos não deve servir de artifício para encobrir a realidade de que eles afetam interesses concretos e que suas decisões repercutem, direta ou indiretamente, na esfera jurídica das pessoas: de muitas pessoas. Nesse sentido, os participantes de tais processos – inclusive os *amici curiae* – devem ter oportunidade de se manifestar sobre os fatos e argumentos novos suscitados perante a Corte e também sobre eventuais fundamentos que o Ministro Relator pretenda utilizar e que não tenham sido suscitados por quem quer que seja, na linha do entendimento de que tais processos têm uma causa de pedir aberta. No mesmo passo, pouco sentido haveria em tudo isso, na garantia do contraditório e nas oportunidades de participação, se as decisões tomadas não examinarem as razões apresentadas ao longo do processo em sua motivação. Se a motivação é justamente o momento de prestação de contas republicano das decisões judiciais, é apenas natural que ela deva conter a justificativa que explica o acolhimento ou a rejeição das razões que lhe foram apresentadas.

Abuso de Autoridade: A Lei que Não Precisava!

Caetano Ernesto da Fonseca Costa

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Barcelona. Diretor-Geral da EMERJ no biênio de 2015-2016.

RESUMO: Este artigo foi escrito dentro do contexto que originou o projeto da nova Lei de Abuso de Autoridade, sua motivação e sua notória vinculação com a apuração de investigações e processos judiciais ligados à corrupção sistêmica nos diversos níveis e escalões do poder. A palavra de ordem seria “retaliação” à atividade institucional do poder Judiciário, do Ministério Público e das Policiais tanto Civil como Federal. A lei assim votada e aprovada é inconstitucional, na sua origem, por falta de representação social e também porque busca normatizar o que já está regulamentado dentro das respectivas instituições. A atividade legislativa nesse aspecto deve merecer severas críticas da sociedade e o que se espera é que seja reavaliada urgentemente pelo Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso. Autoridade. Motivação. Irregularidade. Retaliação. Classe Política. Inconstitucionalidades.

ABSTRACT: This current article was written bases on the political context that directly influenced the development of the new brasilian law on authority abuse, leading to its motivations and its consequences, especially in the investigations on the corruption system that infiltrated many organs and institutions of power. Retaliation is the key word to express the instituciolized and flawed activity of the judicial power, the persecution and of civil and federal police. The approved law, containing these particular characteristics is, therefore, representative of a failed and unconstitutional system, since its initial proposal fails to speak for the society. Its purpose is to formally regulate improper behavior, which is already present in these

institutions. The legislative activity, in this case, should consider all the feedback and critiques from the Brazilian society, especially the expectations of what should be fundamental on the constitutional debate and decisions made by their Brazilian Supreme Court.

KEYWORDS: Abuse. Authority. Motivation. Irregularities. Retaliation. Unconstitutional. Politicians.

I - INTRODUÇÃO

Em pleno debate na sociedade brasileira, o projeto da chamada Lei de Abuso de Autoridade, que terminou votado pelo Congresso Nacional e depois “desarquivado” pela Câmara dos Deputados, que em sistema de votação simbólica, bastante questionada inclusive por parte dos próprios parlamentares, terminou por referendá-lo, sendo enviado em seguida à Presidência da República, que vetou parte substancial da proposta legislativa. Retornou esse projeto ao Legislativo para a análise do veto, na forma regulamentada pela Constituição Federal, terminando o Senado por referendar apenas parcialmente a atividade do Executivo, chegando ao texto final da proposta legislativa.

Todo o proceder desse projeto acha-se, todavia, “contaminado” por sua essência, manifestamente representada pela reação política de algumas personalidades, possivelmente comprometidas com a apuração de graves ilícitos criminais ainda em fase de investigação.

Não se está aqui, importante que se diga, a defender qualquer projeto ideológico ou muito menos a se tomar partido político a favor de quem quer que seja. Se houve exageros na condução dessas investigações ou irregularidades nos respectivos processos judiciais, que sejam então sanados os equívocos e severamente punidos seus autores.

Para isso, todavia, não há que se ter a lei recentemente aprovada pela casa legislativa.

Repita-se, esse projeto tem cheiro de retaliação, e o que é pior, sabe-se que exatamente por isso terminou engendrado e levado a cabo por lideranças políticas que podem estar comprometidas com uma série de apurações, cujo desenrolar tem levado importantes atores do cenário político nacional à prisão, até mesmo um ex-presidente da república.

Pois agora é fato, essas investigações correm o risco de passar ao passado da história, por ter levado golpe fatal.

Na verdade, a par de punir particularmente importantes personalidades do universo empresarial e político brasileiro, combatem essas investigações a chamada “corrupção sistêmica”, entranhada no sistema político nacional, envolvendo cifras milionárias destinadas a algumas campanhas políticas eleitorais que retornaram, isso é fato concreto, em agendas e contratos milionários para aqueles que participavam e contribuíam com o esquema. Trata-se de sistema sem rosto definido, mas que permeia e empobrece as relações mantidas entre o poder oficial e grandes empresários do país.

As investigações e as condenações que se seguiram pegaram de surpresa parte da classe política empoderada, que jamais acreditou em outra opção que não fosse a da total impunidade dos ricos e poderosos.

Sim, porque a justiça, especialmente a penal – e muitos acreditam e defendem academicamente esse paradigma –, não foi feita para punir os empoderados, mas sim o negro, o pobre e os que não têm como se representar e se defender, replicando-se no atuar do juiz todo um sistema de desigualdades sociais e econômicas. Nesse sentido, por exemplo, há a lição do mestre Boaventura de Souza Santos, em “Para uma Revolução Democrática da Justiça”, 3ª edição, que na página 28 de sua obra assinala:

Porque os tribunais não foram feitos para julgar para cima, isto é, para julgar os poderosos. Eles foram feitos para julgar os de baixo. As classes populares, durante muito tempo, só tiveram contato com o sistema judicial pela via repressiva, como seus utilizadores forçados. Raramente o utilizaram como mobilizadores ativos. A questão da impunidade dos poderosos está inscrita na própria matriz do Estado liberal que, como se sabe, não é um Estado democrático na sua origem. A igualdade formal de todos perante a lei não impede que as classes que estão no poder, sobretudo na cúpula do poder, não tenham direitos especiais, imunidades e prerrogativas que, nos casos mais caricaturais, configuram um autêntico direito à impunidade.¹

1 SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3.ed. São Paulo: Cortez Ed., 2011. p. 28.

A verdade, todavia, é que a reação do Estado brasileiro à corrupção nocauteou muitos empoderados vinculados àquele sistema irregular, mas não os deixou na lona, tanto que agora reagiram e o fizeram através da aprovação de um projeto de lei que só ratifica o que já se sabe pela credence popular, vale dizer o lema de que (majoritariamente) o espírito público da classe dirigente está a serviço do poder e não da representação outorgada pelo voto popular.

Essa lei é de fato desnecessária, porque ostenta pura retaliação política contra o Judiciário e demais instituições, que até aqui atuaram contra a corrupção sistêmica instalada em nosso país. Repita-se, que se puna com severidade excessos e/ou equívocos praticados por quem quer que seja, mas regulamentar o que já está regulado por lei, perdoem-me a obviedade, isso já foi longe demais!

Em entrevista ao jornal “O Globo” do dia 18 de agosto de 2019, o ex-ministro do STF Carlos Ayres Britto, conhecido por sua ponderação e respeitado sempre por seu espírito público e democrata, advertiu a todos sobre o sentido desvirtuado da lei aprovada, registrando:

O Judiciário, além de independente, tem autonomia técnica para propor segundo sua convicção e sua ciência própria. O crime que um magistrado pode praticar é o de responsabilidade, ou uma infração administrativa. Abuso de autoridade não. A título de imputar abuso de autoridade a um juiz, o Estado vai terminar por violar sua autonomia técnica. Vai criminalizar o modo como o juiz interpreta o Direito.²

Houve sim, já se disse, muitos e injustificáveis excessos nas atitudes midiáticas, e injustiças foram promovidas a pretexto do cumprimento da lei. Presos inofensivos (do ponto de vista da violência física) foram filmados com algemas nos pés e nas mãos, lembrando tempos de inquisição medieval, e muitos outros exageros foram certamente praticados de forma pouco humana, passíveis de averiguação e punição por parte de seus autores.

2 BRITTO, Carlos Ayres. Os poderosos precisam bater continência à Constituição. Jornal o Globo, Rio de Janeiro, 18 ago. 2019. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/brasil/os-poderes-precisam-bater-continencia-constituicao-afirma-ayres-britto-23884923>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

Para esse fim, todavia, a “nova” lei não se faz necessária. Já há total previsão legal a regulamentar e tipificar a conduta de quem foi responsável por tais excessos.

A “nova” lei de abuso de autoridade tem, com efeito, objetivo específico, o de retaliar aqueles que se voltaram contra a corrupção sistêmica, e por conta dessa triste finalidade, pelo que representa e pelo que não representa, merece indiscutível repreensão da sociedade, isso não significando, importante que se diga, apoio ou concordância com o *modus operandi* de determinadas investigações ou com os subseqüentes processos penais que lhes sucederam.

O que se critica agora tem a ver, apenas, com a forma com que parte da classe política reage à intervenção das instituições no mundo dos poderosos.

II - A REAÇÃO DOS EMPODERADOS

Vejo realmente, na aprovação da “lei de abuso de autoridade” pelo Legislativo, atividade anormal e irregular da classe política, com lamentável quebra do sistema de representação outorgada pelo voto popular.

Primeiro porque é certo dizer, e já se disse, que se trata de uma reação que não tem representação popular.

A corrupção sistêmica combatida agora pelas instituições políticas, alvo principal da lei não se afina, isso é certo, com a ética inerente ao serviço público. Correção e honestidade são valores, ou deveriam ser inerentes à essência da atividade pública. E se por detrás do processo há suspeita de financiamentos de campanha e, o pior, de retorno financeiro dos respectivos “investimentos”, parece óbvio que o adequado seria a apuração de todos os fatos, doa a quem doer.

O cidadão está de fato cansado de assistir ao trato da coisa pública como vem sendo conduzido por parte de sua administração. Tenho absoluta certeza de que falamos pelo cidadão de bem, de quem paga seus impostos e de quem enxerga resultados positivos quando orientados para o bem comum. Segurança, saúde e educação estão cada vez mais escassas e os pobres passando fome, sem ter acesso aos direitos sociais que a Constituição, na teoria, terminou por lhes garantir.

Nada ou quase nada vem a ser concretizado pelo administrador público e a desculpa é recorrente, sempre pautada na falta de verba pública para a efetivação dos respectivos direitos.

A corrupção, como de sabença, ataca a pobreza e aumenta as desigualdades. Talvez um dia o cidadão enxergue que tenha que aprender a superar as diferenças do humano e se una em torno de objetivos mais importantes, vinculados à própria ética. Em nossa sociedade, por exemplo, o “macho” não vota com o LGBT, o católico com o umbandista, a direita com a esquerda, mas todos se esquecem de que essas diferenças são absolutamente irrelevantes se observado o eixo comum, da ética e da honestidade.

Todos juntos, a favor da ética, da retidão e da honestidade. Não seria um mundo maravilhoso?

Com certeza!

Pois bem, seja por conta da falta de representatividade, seja por força dos nefastos efeitos da corrupção em termos de isonomia e prejuízo aos desiguais, fato é que a lei do tal “abuso de autoridade” demonstra efeito de pura reação política, da classe que se sentiu (majoritariamente) incomodada com os possíveis excessos da atividade policial, investigatória e judicante, o que não é motivo certamente para a edição de uma lei.

A lei, como de curial sabença, nasce ou deveria nascer do anseio popular, para regulamentar vontade majoritária ou proteger o direito de minorias, não certamente para retaliar ações entre poderes, muito menos a favor de grupo(s) incomodado(s) com ações (exageradas/equivocadas ou não) destinadas a apurar atos de extrema gravidade, como os da corrupção na atividade pública.

III - NECESSIDADE DA LEI

A justificativa dada por alguns parlamentares de que a lei “nova” se destinaria igualmente a todos os poderes não convence a ninguém. Os atos regulamentados, senão em sua totalidade, com certeza na sua expressiva maioria não estão vinculados a outros segmentos que não os da linha de investigação e julgamento de práticas de corrupção.

Todos sabem que a mensagem nas entrelinhas da lei é a de reduzir a autonomia de instituições como o Judiciário, o Ministério Público e as Polícias Civil e Federal.

A realidade, no entanto, é que a sociedade não quer nem precisa de uma “lei” para tipificar de irregular a obtenção de provas por meios ilícitos, ou para regulamentar a execução de mandado de busca e apreensão de forma a não “expor” o investigado. Óbvio que tudo isso já se ostenta irregular e pode ser punido. Basta que as instituições funcionem!

Pior do que as situações já identificadas, está na previsão legal de proibição de decretação de prisão provisória em “desconformidade com as hipóteses legais”.

Alguém duvida de que um juiz sempre esteve proibido de decretar prisão (seja de que natureza for) fora das hipóteses legais? Para corrigir equívocos nesse terreno, há justamente a previsão de recursos dentro do sistema processual. Parece óbvio o intuito de se intimidar o(a) juiz(a) no exercício de sua liberdade de decidir, e sem essa liberdade, sabemos, não há democracia constitucional.

O mesmo se diga quanto à regulamentação da “quebra de sigilo telefônico”, cuja limitação tende a beneficiar quem dele mais sairia prejudicado, vale dizer, os que por ventura foram ou poderiam ser flagrados na incômoda e irregular situação de negociatas pouco ou nada republicanas.

O projeto de lei assim pensado, votado e encaminhado termina em ostensiva violação à sagrada independência judicial, reconhecida como necessária para a plena democracia, se examinado segundo a ótica dos Princípios de Bangalore, aprovados no âmbito internacional pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Veja-se o quão grave representa essa atividade legislativa irregular pelos comentários oficiais ao Princípio eleito da “Independência do Judiciário”, *verbis*:

No cerne do conceito de independência judicial, encontra-se a teoria da separação de poderes, segundo a qual o Judiciário, que é uma das três 54 bases e pilares no moderno estado democrático, deve funcionar independentemente dos outros dois poderes: o Executivo e o Legislativo. A relação entre os três ramos do governo deve ser de mútuo respeito, cada um reconhecendo e respeitando o papel que é próprio dos outros. Isso é necessário porque o Judiciário tem um importante papel e funções em relação aos outros dois ramos. Ele assegura que o governo

e administração são responsáveis por suas ações e, em relação à legislatura, cabe-lhe garantir que as leis devidamente decretadas sejam cumpridas e, em maior ou menor grau de extensão, assegurar que sejam compatíveis com a constituição nacional e, onde apropriado, com os tratados regionais e internacionais que fazem parte da lei regional. Para realizar o seu papel a esse respeito e garantir um exercício completamente livre e ilimitado de seu julgamento legal independente, o Judiciário deve ser livre de conexões inapropriadas e influências dos outros ramos do governo. A independência serve, assim, como garantia da imparcialidade.³

A edição de uma lei evidentemente não pode se pautar nesse tipo de motivação, e a ofensa não se dirige apenas ao Judiciário ou à figura do juiz, mas a todo cidadão ou cidadã, porque arranha a raiz e os pilares da própria democracia.

Extremamente prejudicial, inconstitucional e com certeza até lamentável que um dos poderes da república se proponha a sugerir uma lei dessa natureza.

IV - CONCLUSÃO

Não se trata aqui de lei “boa” ou “má”, mas de lei inconstitucional e além disso inócua e desnecessária.

Inconstitucional não só pelos seus termos, alcance e propósito, mas também por sua motivação, espelhada na retaliação de parte do Legislativo a operações de instituições de poderes diversos.

Carece, pois, a atividade legislativa de representação, e a finalidade da lei é equivocada.

O objetivo da lei não guarda iniciativa popular, e prejudica os desafortunados, porque referenda pura e simplesmente uma retaliação a atos movimentados para apuração de corrupção real e sistêmica, que pune na sua essência os desiguais e desafortunados, negando-lhes qualidade mínima das garantias constitucionais.

³ NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório contra Drogas e Crime. Comentários aos Princípios de Bangalore de conduta judicial. Trad. por Marlon da Silva Malha e Emílio Kloth. Brasília: CJF, 2008. p. 53-54. Disponível em < https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

É desnecessário o projeto, ao menos quanto à atividade judicante, porque erros e abusos já têm tipificação necessária para serem punidos.

De qualquer forma, a verdade é que, em termos de investigação e processo criminal envolvendo personalidades políticas no cenário nacional, fomos obrigados a assistir, nos últimos tempos, a um grande espetáculo, de parte a parte. Ações e reações de todo o lado, enquanto o cidadão comum permanece desassistido. Quem é pobre fica cada vez mais pobre e quem é rico cada vez mais empoderado!

Enquanto isso, aprova-se a “lei de abuso de autoridade”, como se o Congresso e a Câmara, com todo respeito, não tivessem nada mais importante a fazer do que regulamentar o que já está legislado.

REFERÊNCIAS:

BRITTO, Carlos Ayres. Os poderosos precisam bater continência à Constituição. **Jornal o Globo**, Rio de Janeiro, 18 ago. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/os-poderes-precisam-bater-continencia-constituicao-afirma-ayres-britto-23884923>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório contra Drogas e Crime. Comentários aos Princípios de Bangalore de conduta judicial. Trad. por Marlon da Silva Malha e Emílio Kloth. Brasília: CJF, 2008. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3.ed. São Paulo: Cortez Ed., 2011.

Democracia, Política e Economia: a Reconciliação da Democracia com o Crescimento Econômico

Ciro Grynberg

*Mestre e Doutorando em Direito Público pela UERJ.
Ex-assessor do Ministro Luís Roberto Barroso. Procurador do Estado do Rio de Janeiro*

RESUMO: A razão por que o processo democrático conduz às melhores soluções para os problemas sociais não é intuitiva. Dessa forma, a capacidade de governos democráticos realizarem ações e programas públicos eficientes tem sido permanentemente questionada. Afinal, acredita-se que as respostas corretas para o desenvolvimento econômico e social não dependeriam de escolhas; precisam ser desvendadas por meio do estado objetivo das coisas. A economia alcançou autonomia científica afirmando a irracionalidade da política. Com isso, construiu-se uma visão de democracia antagônica à eficiência econômica. O resultado tem sido o crescimento de vozes que tolerariam a supressão de direitos e liberdades em troca de maior riqueza. As políticas apoiadas por consenso, no entanto, têm mais chances de êxito e continuidade do que aquelas que são impostas. É preciso abandonar os modelos dicotômicos que negam a democracia para se alcançar o caminho da eficiência, ou que, inversamente, enxergam o mercado como uma forma de aprisionamento da humanidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Democracia. Economia. Participação social. Eficiência políticas sociais e econômicas

ABSTRACT: The reason why the democratic process leads to the best solutions to social problems is not intuitive. Due to this, the ability of

democratic governments to execute efficient public policies has been permanently questioned. After all, it is believed that the right answers to economic and social development would not depend on choice; they need to be detected through scientific analysis. Economy has achieved scientific autonomy by affirming the irrationality of politics. In this way, democracy became to be seen as antagonistic to economic efficiency. The result of this view has been the growth of voices that would tolerate the suppression of rights and freedoms in order to achieve greater wealth. Consensus-backed policies, however, are more likely to succeed than the ones which are imposed. It is necessary to abandon the dichotomous understandings that deny democracy in order to reach the path of efficiency as well as the ones which see market as a form of humanity imprisonment.

KEY WORDS: Constitutional law. Democracy. Economy. Citizen participation. Social and economic policies.

I. PALAVRA AO HOMENAGEADO

É difícil resumir “*em um bom parágrafo*” o que dizer em uma homenagem ao Professor Luís Roberto Barroso. O receio é não expressar devidamente a sua importância. A objetividade, no entanto, é um valor que logo se aprende com ele. De forma direta, posso dizer que a influência de suas lições vai muito além do Direito. Ela é constitutiva da forma como imagino o Brasil. É impossível não se motivar com o brilho das suas ideias e com a capacidade singular de perceber e interpretar os fatos da vida. Tive a sorte de ser seu aluno e a felicidade de integrar a sua equipe de trabalho. Tenho, hoje, a chance de continuar a aprender, mantendo o otimismo para fazer, por mais sinuoso que seja, o caminho.

II. INTRODUÇÃO

O colapso do Lehman Brothers Bank em setembro de 2008 quase derrubou o sistema financeiro do mundo. A crise de crédito que se seguiu acabou por se transformar na maior recessão dos últimos 80 anos. A busca das causas e dos agentes responsáveis tomaram as rodas de debate mundial. A expectativa era encontrar fórmulas e soluções

para o resgate do desenvolvimento e, principalmente, para a retomada do crescimento econômico.

Diversos pacotes econômicos foram lançados. A questão é que as medidas adotadas para remediar a crise financeira mundial apresentaram um paradoxo. Por um lado, se afirmou que o modelo neoliberal demandava ajustes. Afinal, a sua fórmula de sucesso, baseada na capacidade de o mercado, por si só, gerar uma situação de bem-estar social ótima¹ não foi capaz de evitar a crise de 2008. A sinalização era a de que, por vezes, a atuação do Estado é fundamental para a própria preservação do mercado e, sobretudo, para garantir maior equidade na distribuição de recursos. Por outro lado, e aí reside o paradoxo, uma parcela das medidas adotadas para sair da crise investiu, justamente, na demonização dos espaços políticos. Os exemplos das medidas adotadas na Grécia e na Itália, confiando a instâncias com *insulamento político* à condução de governabilidade, é representativo dessa contradição, porque, mais uma vez, se via o mercado como o exclusivo bilhete premiado de riqueza e bem-estar².

No fundo, a incoerência descrita apenas ilustra a longa problemática da relação entre economia e política e que, paulatinamente, tem construído a ideia de que a lógica da eficiência econômica não é compatível com a lógica da ação política. É dizer: as práticas democráticas passaram a ser vistas como obstáculos à eficácia de políticas econômicas. Como consequência, a confiança na capacidade de os Estados democráticos promoverem melhorias sociais tem sido questionada.

O desenvolvimento de uma concepção de mercados como mecanismos abstratos de equilíbrio, em que os resultados maximizadores de riqueza e bem-estar se encontram em “leis naturais”, construídas logica-

1 De acordo com o pensamento neoliberal majoritário, o Estado deve intervir apenas para corrigir as falhas de mercado, de modo a equilibrar custos e benefícios privados e públicos, com o objetivo de aumentar o bem-estar geral. Embora partam da premissa de que o mercado, por si só, tem melhores condições de promover o crescimento econômico e o desenvolvimento social, os neoliberais reconhecem que um sistema capitalista baseado no livre mercado apresenta elementos de instabilidade, o que pode provocar desperdícios sociais caso o Estado não intervenha na economia. Sobre o tema v. RAGAZZO, Carlos Emanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. p. 18/21. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

2 O paradoxo entre o reconhecimento da insuficiência do neoliberalismo e as propostas para superação da crise financeira de 2008 é exposto por LOUREIRO, Maria Rita. ABRUCIO, Fernando Luiz. *Democracia e eficiência: a difícil relação entre política e economia no debate contemporâneo*. Revista de Economia Política, vol 32, n 4, p 615/633, outubro-dezembro/2012.

mente e independentemente de valores e ideologias, tem sido fatal aos espaços políticos e contribuiu para o cultivo do ódio à democracia. Embora a história recente da humanidade tenha levantado as virtudes da democracia, opondo-as ao horror do totalitarismo, chegou-se a um momento de crise profunda do ideal democrático, em que são crescentes as vozes que tolerariam a supressão de direitos políticos em troca de maior riqueza³.

A tese defendida é que, sim, a democracia continua sendo “*a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos*”⁴ e que os “*os defeitos da democracia demandam mais democracia, e em nenhum caso menos*”⁵. É preciso abandonar os modelos dicotômicos que negam a democracia para se alcançar o caminho da eficiência, ou que, inversamente, enxergam o mercado como uma forma de aprisionamento da humanidade. Mais do que nunca, deve-se buscar a conciliação dos imperativos do governo democrático com o cálculo econômico de eficiência.

III. A ESCOLA NEOCLÁSSICA DA ECONOMIA E A DISSOCIAÇÃO DA POLÍTICA

Após a denominada crise financeira de 2008, as bases sociais dos Estados constitucionais do ocidente foram colocadas em questão. A confiança nos mercados e a sua capacidade de promover o bem-estar social havia sido desafiada e, diante da angústia de milhões de pessoas que perderam seus empregos, tiveram hipotecas executadas e que não contavam com reservas para a manutenção de gastos essenciais com saúde, moradia e educação, o mundo voltou a indagar *qual é o papel do Estado na relação com a economia* e, mais especificamente, *se a democracia pode produzir resultados eficientes de desenvolvimento econômico e social*.

3 Pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha, em fevereiro de 2014, constatou que 16% dos brasileiros são indiferentes ao fato de o governo ser uma ditadura ou uma democracia e 14% dos entrevistados indicaram que, em certas circunstâncias, é melhor uma ditadura do que um regime democrático. Além disso, apenas 9% estão muito satisfeitos com o regime democrático brasileiro. A pesquisa pode ser acessada na página eletrônica www.datafolha.folha.uol.com.br. De acordo com o Latinobarômetro de 2018, apenas 34% da população brasileira indica apoiar o regime democrático. Disponível em <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>. Acesso em 23.08.2019.

4 A célebre frase de Winston Churchill foi proferida em discurso na Casa dos Comuns, em 11 de novembro de 1947. Confira-se, no original, o discurso: “*Many forms of Government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed, it has been said that democracy is the worst form of Government except all those other forms that have been tried from time to time; but there is the broad feeling in our country that the people should rule, continuously rule, and that public opinion, expressed by all constitutional means, should shape, guide, and control the actions of Ministers who are their servants and not their masters*”.

5 SEN. Amartya. *El valor de la democracia*. p 50. Espanha: El Viejo Topo, 2006.

Os questionamentos, na verdade, reproduziram um enraizado pensamento econômico que dissociou a economia da política, com o objetivo de conquistar autonomia científica. Por isso, cultivaram-se, ao longo do século passado, as ideias de que a política é um espaço de irracionalidade e que as práticas democráticas são entraves à eficiência econômica. Como resultado do processo histórico de afirmação científica da economia a partir do século XIX, a economia passou a ter como meta a descoberta de “leis naturais”, construídas logicamente e independentemente de valores e ideologias⁶. Com isso, difundiu-se a concepção de que a economia seria um espaço guiado por atributos universais, objetivos e conhecidos de maneira dedutiva, por meio de recurso a métodos matemáticos⁷.

Embora a chamada economia clássica, também denominada de economia política, centrasse as suas preocupações nos vínculos entre política e economia, o surgimento de democracias de massa, durante o século XX, acentuou a urgência da dissociação entre as medidas econômicas e as práticas democráticas. A multiplicação de atores sociais e a divergência de opiniões sobre os caminhos coletivos passaram a ser vistas como um obstáculo real à concretização de propostas desenhadas pela tecnocracia econômica. A lógica política, cuja preocupação de manutenção do poder priorizaria demandas imediatistas e populares junto ao eleitorado, foi afirmada como um entrave às propostas econômicas que levariam ao encontro do desenvolvimento. Nesses termos, a chamada economia neoclássica se consolidou ao longo do século XX e foi responsável por arraigar a noção de que a lógica econômica seria superior à política e, principalmente, que os *processos sociais de decisão* seriam destituídos de *racionalidade*.

6 Sobre o tema da busca pela neutralidade da ciência econômica e o seu pretense distanciamento das ciências sociais são pertinentes os esclarecimentos de SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Cia das Letras, 1999: “*Pode-se argumentar que a importância do enfoque ético enfraqueceu-se substancialmente no processo de desenvolvimento da economia moderna. A metodologia da assim chamada “economia positiva” manteve-se à distância da análise normativa; além disso, ela levou à ignorância de várias questões complexas que afetam o comportamento humano e que, do ponto de vista dos economistas que estudam tal comportamento, são mais questões de fato que de avaliações normativas. Examinando as publicações sobre economia nos nossos dias, é impossível não perceber a recusa da análise normativa profunda, e o desprezo da influência de considerações éticas na caracterização do comportamento humano real*”.

7 A autonomia da ciência econômica e a sua busca por se manter blindada das ciências e práticas sociais foi resumida por ABRAMOVAY, Ricardo. *Entre Deus e o diabo: mercados e interação humana nas ciências sociais*. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, v 16, n 2, p 35/64, 2004.

Assim, confiando-se na existência de uma racionalidade substantiva maximizadora e no equilíbrio do mercado como resultado da atuação de agentes racionais, rompeu-se com as ciências sociais e a ação e a vontade humana passaram a ser vistas como desnecessárias à compreensão da ciência econômica. Nesse sentido, é ilustrativa a afirmação de Léon Walras, um dos principais precursores do neoclássico:

Os efeitos das forças naturais serão, pois, o objeto de um estudo que se intitulará a ciência natural pura (...). Os efeitos da vontade humana serão o objeto de um estudo que se intitulará a ciência moral pura [...] que observa, expõe, explica porque tem como objeto fatos que têm sua origem no jogo das forças da Natureza e, sendo as forças da Natureza cegas e fatais, não há outra coisa a fazer com elas além de observá-las e explicar seus efeitos⁸.

Veja-se que o próprio conceito de eficiência paretiana⁹, amplamente empregado pelos economistas como parâmetro para aferição de eficiência alocativa¹⁰, é indicativo desse movimento de descolamento da ciência econômica dos demais conhecimentos científicos. Conforme destaca Amar-

8 WALRAS, Leon. *Compendio dos elementos de economia política pura*. Os Economistas. p. 20. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

9 O conceito de eficiência segundo a teoria de Pareto é exposto por COLEMAN, Jules. *Markets, Morals and the Law*. p. 71/72. New York: Oxford University Press, 2003: “Any discussion of Pareto efficiency must begin with definitions of Pareto optimality, Pareto superiority and Pareto inferiority. To claim resources or goods are allocated in a Pareto-optimal fashion is to maintain that any further reallocation of resources will benefit one person only at the expense of another. An allocation of resources is Pareto superior to an alternative allocation if and only if no person is disadvantaged by it and the lot of at least one person is improved. An allocation of resources is Pareto inferior to another if there is a distribution Pareto superior to it. The concepts of Pareto superiority and optimality are analytically connected in the following way: A Pareto-optimal distribution has no Pareto superior to it”. Em tradução livre: “Qualquer discussão sobre a eficiência de Pareto deve começar com as definições de ótimo de Pareto, superioridade paretiana e inferioridade paretiana. Reivindicar que bens ou recursos são alocados na forma Pareto-ótima significa assegurar que qualquer nova realocação de recursos irá beneficiar uma pessoa apenas à custa de outra. Uma alocação de recursos é Pareto superior a uma alocação alternativa, se e somente se nenhuma pessoa ficar em desvantagem e o monte de pelo menos uma pessoa é melhorada. Uma afetação de recursos é Pareto inferior a outra, se houver uma distribuição de Pareto superior a ela. Os conceitos de superioridade paretiana e ótimo de Pareto estão analiticamente ligados da seguinte maneira: Uma distribuição é Pareto-ótima se não há outra superior a ela”.

10 Ressalte-se que há diversas críticas em relação ao uso exclusivo do critério paretiano de eficiência. Vide, sobre o tema: MATHIS, Klaus. *Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. p. 35/38. Lucerne: Springer, 2009. Além de Pareto, o critério de Kaldor Hicks também é empregado para indicar o conceito de eficiência, conforme esclarece RAGAZZO, Carlos Emanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. p. 90/91. Rio de Janeiro: Renovar, 2011: “Os estudiosos de análise econômica do direito trabalham com conceitos distintos de eficiência (que poderia equivaler, em uma acepção econômica, à maximização de custos sociais), quais sejam: (i) eficiência paretiana; e (ii) critério de Kaldor Hicks. A eficiência no sentido paretiano ocorre quando nenhum indivíduo pode melhorar a sua situação sem piorar a de outro (o que é comumente chamado pela doutrina de ótimo de Pareto). Já a eficiência no sentido do critério de Kaldor Hicks pressupõe uma compensação; i.e. a de que pelo menos um dos indivíduos fica em situação melhor e a sua melhora possa compensar o prejuízo dos perdedores, ainda que efetivamente não o faça (ideia de compensação potencial)”.

tya Sen¹¹, pode-se alcançar “o estado ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos”. A situação levantada por Sen é demonstrativa do insulamento econômico e o seu divórcio das ciências sociais, sobretudo, da política. Isso porque um resultado alocativo pode ser apontado como positivo, ainda que socialmente injusto.

A visão neoclássica da economia, dirigida ao afastamento da “irracionalidade política”, acabou absorvida pelas teorias de democracia. Joseph Schumpeter, autor da denominada teoria elitista da democracia¹², sustentou que nas democracias das sociedades de massa o poder do capitalismo de mercado aliado à endêmica corrupção social transforma as práticas políticas democráticas em um espaço destituído de racionalidade¹³.

A visão pragmática schumpeteriana de democracia, desvendando parte das suas insuficiências e desconstruindo a sua mítica de um regime de igualdade e governo do povo, constituiu o fundamento teórico para que a percepção da política como irracionalidade se tornasse um mantra do pensamento econômico. Com as contribuições lançadas por economistas desde o século XIX, o objetivo de afirmação científica da economia havia alcançado, assim, o seu destino. Além disso, como resultado de seu esforço para se distanciar das ciências sociais, a política saiu diminuída, assentando-se a ideia de que a governabilidade e a capacidade decisória do

11 SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. p 48. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

12 Segundo o próprio autor, a sua teoria de democracia pode ser resumida como: “Nossa definição passa então a ter o seguinte fraseado: o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor” (SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. p 328. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961). Outra síntese do pensamento de Schumpeter em relação à democracia, mas ressaltando o traço mercantil, é exposta por PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992: “Schumpeter comparava a competição política por votos à operação do mercado (econômico): à maneira dos consumidores, os eleitores colhem entre as políticas (produtos) oferecidas por empresários políticos rivais, e os partidos regulam a competição do mesmo modo que as associações de comércio na esfera econômica”.

13 A indicação de ausência de racionalidade em regime decisório democrático pode ser lida na seguinte passagem: “Mas, embora possa surgir ainda algum tipo de vontade comum ou opinião pública do emaranhado infinitamente complexo de situações, vontades, influências, ações e reações individuais e coletivas do processo democrático, os resultados não apenas carecem de unidade, mas também de sanção racional. A primeira significa que, embora do ponto de vista da análise, o processo democrático não seja meramente caótico — para o analista não será caótico aquilo que puder ser explicado — ainda assim os resultados não teriam significação por si mesmos, exceto por acaso, como teria, por exemplo, a concretização de qualquer objetivo ou ideal definido. O último significa que, não sendo mais essa vontade congruente com qualquer bem, para se reclamar dignidade ética para o resultado será agora necessário depender de uma injustificada confiança nas formas democráticas de governo, como tal, uma crença que, em princípio, teria de ser independente da desejabilidade dos resultados. Como vimos acima, não é fácil adotar esse ponto de vista. Mas, mesmo que o abandonemos, o abandono do bem comum utilitário ainda nos deixa nas mãos uma série de dificuldades.(...) Partido e máquina eleitoral constituem simplesmente a reação ao fato de que a massa eleitoral é incapaz de outra ação que não o estorbo da boiada”. SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. p 309/310 e 345. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

Estado dependeriam da redução das arenas políticas. Sem que isso fosse feito, a eficiência da ação pública seria substituída pelo impasse das divergências e da busca pela autopromoção individual.

A fórmula de um governo econômico de sucesso estava, portanto, posta. A produção de bem-estar social dependeria da blindagem das decisões econômicas de interferências políticas. A teoria neoclássica da economia auxiliou a construção de uma visão da democracia antagônica à eficiência econômica. Com isso, o discurso de ódio à democracia já tinha os seus ingredientes e viu, nessa oportunidade, a chance de questionar os fundamentos dos governos democráticos e a própria submissão dos mercados à autoridade estatal.

IV. A ESTRATÉGIA DO ÓDIO À DEMOCRACIA¹⁴

O ódio à democracia não é novo, nem teve origem nas razões econômicas dos dois últimos séculos, que, como se detalhou, construíram a visão de irracionalidade das práticas democrática e de inaptidão para eficiência governamental. É curioso notar que a própria origem da palavra “democracia” já remonta à expressão de um ódio. Jacques Rancière destaca que democracia “foi primeiro um insulto inventado na Grécia Antiga por aqueles que viam a ruína de toda a ordem legítima no inominável governo da multidão”¹⁵. A democracia, afinal, colocou em questão a titularidade do poder político daqueles que assentavam a sua fonte na filiação, na lei divina, ou na capacidade técnica.

Assim sendo, uma vez afastados os títulos que legitimavam o poder, o povo pretensamente¹⁶ assumiu o comando de seus Estados e a democracia se afirmou como “o poder próprio dos que não têm mais título para

14 O título deste tópico é inspirado no livro de Jacques Rancière, que recebeu idêntico nome.

15 RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. p. 8. São Paulo: Boitempo, 2014.

16 A derrota das oligarquias foi uma promessa não cumprida da democracia. É o que esclarece BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. p. 26. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986: “Considero como terceira promessa não cumprida a derrota do poder oligárquico. Não preciso insistir ainda sobre este ponto, pois se trata de um tema muito examinado e pouco controverso, ao menos desde quando no fim do século passado Gaetano Mosca expôs sua teoria da classe política, chamada, por influência de Pareto, de teoria das elites. O princípio inspirador do pensamento democrático sempre foi a liberdade entendida como autonomia, isto é, como capacidade de das leis a si próprio, conforme a famosa definição de Rousseau, que deveria ter como consequência a perfeita identificação entre quem dá e quem recebe uma regra de conduta e, portanto, a eliminação da tradicional distinção entre governados e governantes sobre a qual fundou-se todo o pensamento político. A democracia representativa, que é a única forma de democracia existente e em funcionamento, é já por si mesma uma renúncia ao princípio da liberdade como autonomia”.

*governar do que para ser governados*¹⁷. A abertura para que, em tese, qualquer pessoa pudesse exercer o poder de governo conformou, então, *o reino dos desejos ilimitados*: qualquer manifestação da esfera privada poderia ser levada à esfera pública, com chances de alcançar a prevalência, caso refletisse a vontade da mais forte das minorias (a maioria eventual).

A democracia precisou, assim, estruturar mecanismos para conter a própria profusão das vontades e desejos individuais que incentivava. Conforme retratou o relatório da Conferência de 1975 da Comissão Trilateral¹⁸ sobre a crise democrática, “*a democracia significa o aumento irresistível de demandas que pressiona os governos, acarreta o declínio da autoridade e torna os indivíduos e os grupos rebeldes à disciplina e aos sacrifícios exigidos pelo interesse comum*”. Diante disso, o que tornaria a democracia um regime instável seria a própria *intensidade* da vida democrática.

Desse modo, se, por um lado, a democracia possuía como adversário histórico o governo do arbítrio denominado ditadura, por outro, ela também carregaria em si um inimigo velado, que, nos seus excessos, pode significar a sua ruína¹⁹. O remédio para domar essa instabilidade foi a contenção da participação social. O modelo de democracia da maior parte dos Estados contemporâneos passou, assim, a designar um *mero método político*, caracterizado pela competição de *líderes pelos votos do povo*. A participação foi reduzida à escolha daqueles que tomam as decisões e serve apenas para legitimar o poder dos líderes eleitos.

A sucessiva contenção da participação aos espasmos eleitorais, no entanto, teve um impacto sobre a capacidade individual de levar em consideração questões mais abrangentes do que os próprios e imediatos interesses privados. Como destaca Carole Pateman, pela participação “*o indivíduo [é] forçado a ampliar seus horizontes e a levar em consideração o interesse público. Em outros termos, o indivíduo tem de “atender não apenas a seus próprios interesses; de se*

17 RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. p 61. São Paulo: Boitempo, 2014.

18 A Comissão Trilateral foi criada em 1973, com objetivo de aproximar líderes mundiais e o setor privado para debater temas de interesse global. Reuniu pessoas da Europa ocidental, Japão e América do Norte. Em 1975, a Comissão Trilateral produziu o relatório “*The Crisis of Democracy*”, disponível no endereço eletrônico <http://trilateral.org/go.cfm?do=file.view&fid=8>

19 Os riscos do excesso de práticas democráticas também foi apontado por BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. p 26. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986: “*Nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia*”.

guiar, no caso de reivindicações conflitantes, por outro comando que não o de suas particularidades privadas; de aplicar, a cada vez, princípios e máximas que têm como razão de existência o bem comum”²⁰. O simples exercício de voto em um processo eleitoral recrudescceu, no entanto, o sentimento de pertencimento à comunidade e de solidariedade para a vida coletiva.

O contínuo processo de desmobilização social e de atomização do indivíduo encontrou-se, então, com as teorias econômicas neoclássicas da economia. O resultado foi fatal ao “homem democrático”. A visão de que as soluções para o desenvolvimento são desvendadas por especialistas, em uma sociedade altamente individualista, conformou uma cidadania autorreferente, incapaz de se ocupar da construção de caminhos coletivos para uma vida em comum.

É certo que a promessa democrática era a da equivalência absoluta do homem nas suas relações. Ocorre que a generalização das relações mercantis e a expansão desenfreada dos mercados jogou na sociedade de consumo de massa esse “indivíduo democrático” do reino da ilimitação igualitária. E, na medida em que os mercados se expandiam no pressuposto da economia neoclássica, que apregoava o descolamento a valores e ideologias, os referenciais coletivos foram deteriorados, enfraquecendo-se a autoridade de comandos políticos e de valores sociais compartilhados. O *indivíduo egoísta*, em que se transformou o *homem democrático do reino da máxima realização do autointeresse*, rapidamente se converteu no *consumidor ávido*, que não reconhece limitações coletivas ou políticas à satisfação dos seus desejos.

Sobre o ponto é ilustrativa a colocação de Dominique Schnapper²¹:

As relações entre o médico e o paciente, o advogado e o cliente, o padre e o crente, o professor e o aluno, o trabalhador e o assistido amoldam-se cada vez mais ao modelo das relações contratuais entre indivíduos iguais, ao modelo das relações fundamentalmente igualitárias que se estabelecem entre um prestador de serviços e seu cliente. O homem democrático se impacienta diante de qualquer competência, inclusive a do médico ou do advogado, que põe em questão sua própria soberania. As relações que ele mantém com os outros perdem seu horizonte

20 PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria Democrática*. p. 45. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992

21 SCHNAPPER, Dominique. *La démocratie providentielle*. p 169/170. Paris: Gallimard, 2002.

político ou metafísico. Todas as práticas profissionais tendem a se banalizar. (...) O médico torna-se pouco a pouco um assalariado da Previdência Social; o padre, um assistente social e um distribuidor de sacramentos (...). É que a dimensão do sagrado – da crença religiosa, da vida e da morte, dos valores humanistas ou políticos – se enfraqueceu. As profissões que instituía uma forma, mesmo que indireta ou modesta, aos valores coletivos são afetadas pelo esgotamento da transcendência coletiva, seja religiosa, seja política.

A política, assim, enfrentou a ruína na democracia das sociedades de consumo. A arte de viver junto na busca do bem comum, na distinção entre as esferas pública e privada, foi subjugada pela lei da individualidade consumidora, tratando-se todas as relações sociais sob o modelo da igualdade mercantil²². A vida democrática tronou-se, assim, *a vida apolítica do consumidor indiferente de mercadorias*, descolado de valores e ideologias políticas. E isso era, justamente, o que a economia neoclássica apregoava para a ciência econômica.

O descolamento da política e a indiferença dos mercados às estruturas sociais era a receita para a afirmação da autonomia da economia como conhecimento científico. Não se esperava, contudo, que chegasse a desconstruir a democracia e aniquilar a ação política voltada à composição de valores que refletissem o bem comum. A busca ilimitada pela riqueza foi, assim, assumida como um fator característico do indivíduo democrático ilimitado, o que auxiliou *a edificação de uma visão catastrófica da democracia, pela qual a humanidade destrói a si mesma*.

A passagem, assim, estava feita. A lógica do capital foi assumida como a lógica do homem democrático. A expansão apolítica e descolada da ética poderia ser imputada à democracia. Com isso, a economia se blindou e pôde perseguir o seu ideal de desvinculação das práticas democráticas, que, afinal, poderiam desvirtuá-la de resultados eficientes e fragilizar o poder econômico em razão do fortalecimento do poder político.

²² Sobre o ponto é pertinente a exemplificação de Jean-Louis Thiriet, citado por RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. p. 39. São Paulo: Boitempo, 2014: “Não há mais lugar para nenhum tipo de transcendência, é o indivíduo que é erigido em valor absoluto e, se alguma coisa de sagrado persiste, é ainda a santificação do indivíduo, por meio dos direitos humanos e da democracia (...) Eis, portanto, por que a autoridade do professor está arruinada: por essa priorização da igualdade, ele não é mais do que um trabalhador comum, que se encontra diante de usuários e é levado a discutir de igual para igual com o aluno, que acaba por se instalar como juiz de seu mestre”.

O ódio que poderia ser oposto à acumulação de riqueza sem considerações éticas e limitações políticas foi canalizado para a democracia, desviando o foco das resistências ao modelo econômico que se queria consolidar. *A ideia de neutralidade que a economia neoclássica buscava não passava de uma cortina de fumaça dos ideais de livre mercado e de não interferência estatal*²³.

Encontrou-se na instabilidade da democracia, inerente a sua natureza, o espaço para se cultivar o ódio que poderia ser dirigido ao poder econômico. Além de se afastar um discurso de resistência, fragilizou-se a democracia, imobilizando as forças que poderiam colocar em risco o poder econômico. O vício, contudo, não era da democracia. Afinal, *“a democracia não é a “ilimitação” moderna que destruiria a heterotopia necessária à política. Ao contrário, é a força fundadora dessa heterotopia, a limitação primeira do poder das formas de autoridade que regem o corpo social”*²⁴.

A democracia, de todo modo, saiu enfraquecida e foi transformada em uma prática esporádica, irracional e que nada poderia contribuir para a eficiência de medidas econômicas.

V. A DEMOCRACIA RECUPERADA

A partir da década de 80, a visão atomizada da economia foi questionada e *“os mercados passam a ser encarados como formas de coordenação social caracterizadas por conflitos, dependências, estruturas e imprevisibilidades muito distantes da imagem canônica consagrada na teoria do equilíbrio geral”*²⁵. A economia iniciou, assim, um movimento de reaproximação disciplinar, revisitando alguns pressupostos da teoria neoclássica. A economia passa a ser pensada, então, de forma inserida, concebendo-se o mercado a partir das interações sociais e não como um modelo objetivo alcançado de forma dedutiva e matemática.

Assim, na medida em que se tornaram mais expressivas as correntes do pensamento econômico e sociológico²⁶, que concebem a economia a

23 Sobre o tema são relevantes as considerações de MYRDAL, Gunnar. *Aspectos políticos da teoria econômica*. p 212. São Paulo: Nova Cultural, 1997. “Operando com definições que pretendem ser universalmente válidas, frequentemente se tem logrado fazer com que um princípio político implícito pareça logicamente correto”.

24 RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. p 61. São Paulo: Boitempo, 2014.

25 ABRAMOVAY, Ricardo. *Entre Deus e o diabo: mercados e interação humana nas ciências sociais*. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, v 16, n 2, p 39, 2004

26 A economia institucional e a nova sociologia econômica são exemplos dessa recuperação da economia como uma ciência inserida e dialógica, em que a maneira como a economia se insere na vida social passa a ser relevante para a compreensão dos mercados.

partir de sua inserção social, os mercados passaram a ser estudados concreta e historicamente, e não apenas como pontos de equilíbrio que já se conheceria de antemão. Nesse cenário, em que as interações sociais e as instituições importam, o estudo das motivações dos agentes e da formação institucional tornou-se relevante. Com isso, a política pôde voltar aos debates econômicos com outros adjetivos. As soluções para o desenvolvimento econômico e social passaram a contar também com a análise dos meios pelos quais os resultados são produzidos, em vez de focar apenas no produto final das equações econômicas. A ideia de uma ação econômica amoral e que se justifica apenas pelas utilidades que proporciona foi sendo descartada pelas principais correntes do pensamento econômico contemporâneo.

Estava aberta, assim, a possibilidade de se recuperar o valor da democracia e rediscutir a sua relevância para o desenvolvimento econômico e social. A própria medição de desenvolvimento foi alterada, afirmando-se que “*uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda*”²⁷. Afirmou-se, assim, que o desenvolvimento deve ser medido pelo aumento das capacidades individuais para “*viver como se gostaria*”²⁸ e não pela simples acumulação de riquezas. Afinal, seriam as capacidades individuais de agência e de conversão de bens e serviços em utilidades para o bem-estar que determinariam a qualidade de vida dos indivíduos e da sociedade.

No entanto, embora as orientações éticas e os arranjos institucionais tenham se incorporado ao estudo da economia, porque se mostraram decisivos ao próprio desempenho econômico, as práticas democráticas continuaram a ser encaradas como entraves à eficiência governamental. Os arranjos institucionais de concentração de poder em arenas decisórias permaneceram nos discursos de economistas. A incompatibilidade das práticas democráticas com o desenvolvimento econômico passou a ser advogada, não mais em razão da lógica dedutiva e mecanizada da ciência econômica, mas: (i) pela fragmentação do poder decisório com o consequente risco de paralisia do sistema político; (ii) pelo incentivo à produção de governos de coalizão, que desvirtuam a agenda governamental eleita; e (iii) pela dificuldade de identificação da responsabilidade política em um cenário de poder difuso.

27 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. p 28. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

28 SEN, Amartya; NUSSBAUM, Martha. *The quality of life*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

Segundo essa concepção, os Estados democráticos precisaram ponderar representação e governabilidade, para que os arranjos institucionais refletissem mecanismos de desconcentração de poder político. Assim, se por um lado se alcançou a fragmentação do poder político para imobilizar a tirania estatal, a atribuição de poder de veto a uma multiplicidade de atores comprometeria a capacidade decisória do Estado e, conseqüentemente, a sua governabilidade.

A constatação padece, no entanto, de dois equívocos. O primeiro deles está no emprego da teoria da democracia agregativo-elitista como marco teórico para a crítica à aptidão da democracia para a governabilidade. O segundo repousa sobre o fato de se enxergar a representação e a governabilidade como princípios inconciliáveis. As alegações de que (i) a habilidade dos governantes de tomar e executar decisões, sem que sejam desvirtuados os projetos originários no curso de negociações políticas, assim como de que (ii) a avaliação dos agentes de poder só é medida pelo processo eleitoral partem de uma concepção de democracia, em que se reduz o regime a um processo de agregação de interesses individuais para escolha das elites governantes.

Há, no entanto, prescrições diversas da democracia. Por exemplo, o modelo de democracia deliberativa indica que o processo democrático não se reduz ao momento das eleições dos representantes, porque também deve incluir a possibilidade de se debater sobre os temas a serem decididos²⁹. Dessa forma, a deliberação deixa de adjetivar a democracia e passa a ser o primeiro ato de uma decisão política³⁰. Além disso, no modelo deliberativo de democracia não se confirma a visão de que as práticas democráticas se resumem aos espasmos eleitorais. O incremento de participação na construção da decisão política reforça o processo de *accountability*, diante do ativo envolvimento na esfera pública e da identificação objetiva das metas a serem alcançadas pelo governante.

Além disso, se, por um lado, é razoável pressupor que quanto maior o número de participantes, maior será o tempo para se decidir, por outro lado, é possível dizer que o amadurecimento das instâncias deliberativas e do próprio homem democrático conduz ao aprimora-

29 BENHABIB, Seyla. *Toward a deliberative model of democratic legitimacy*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

30 GHETTI, Pablo Sanges. *Às margens da deliberação: notas sobre uma política deliberativa por vir*. In: VIEIRA, José Ribas. *Temas de constitucionalismo e democracia*. p. 51. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

mento da deliberação e, conseqüentemente, do tempo de decisão. A constatação sobre a velocidade do processo decisório em ambientes de concentração e de fragmentação de poder depende, em realidade, de análises empíricas. E conforme atesta Arend Lijphart, em estudo empírico sobre 36 democracias contemporâneas, a rapidez da decisão não necessariamente gera melhores resultados governamentais³¹. Muito ao contrário, o autor afirma que políticas apoiadas por consenso têm mais chances de êxito e continuidade do que aquelas que são impostas e enfrentam a resistência de setores da sociedade³². Nesse passo, a estabilidade das decisões políticas depende muito mais da sua consistência³³ do que da velocidade da decisão política.

Não há como afirmar, portanto, a oposição entre governabilidade e representação. Ao contrário, os princípios da governabilidade e da representação devem ser lidos de forma complementar, tendo em vista que o processo decisório inclusivo incentiva a circulação de informações e preferências sobre o tema em discussão, o que pode produzir resultados mais eficientes.

Aliás, o teste da premissa de que a concentração de poder produz resultados mais eficientes foi realizada por David Stark e Laszlo Bruszt, em estudo que se ocupou do exame da coerência de políticas públicas do pós-socialismo nos países do leste europeu³⁴. Conforme assinalam os autores, governos *ilimitados* tendem a produzir políticas sociais menos consistentes:

Na visão tradicional, quanto maior a concentração de autoridade, mais capaz é o executivo de engendrar as mudanças. Ao contrário, a responsabilidade política estendida resulta de uma rede de autoridade distribuída. Além disto, paradoxalmente, com a

31 LIJPHART, Arend. *Patterns of democracy. Government forms and performance in thirty-six democracies*. p. 259. Yale University Press, 1999: “Majoritarian governments may be able to make decisions faster than consensus governments, but fast decisions are not necessarily wise decisions. In fact, the opposite may be more valid, as many political theorists—notably the venerable authors of the Federalist Papers (Hamilton, Jay, and Madison 1788)—have long argued (...) Moreover, the supposedly coherent policies produced by majoritarian governments may be negated by the alternation of these governments; this alternation from left to right and vice versa may entail sharp changes in economic policy that are too frequent and too abrupt”.

32 *Ibidem*. p 260: “Policies supported by a broad consensus, furthermore, are more likely to be carried out successfully and to remain on course than policies imposed by a “decisive” government against the wishes of important sectors of society”.

33 Por consistência quer se dizer a proporcionalidade entre a decisão política e a finalidade desejada, aliada à efetiva possibilidade de serem alcançados os objetivos esperados com a medida.

34 STARK, David. BRUSTZ, Laszlo. *Enabling constraints: fontes institucionais de coerência nas políticas públicas no pós-socialismo*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. v 13. n 36. p 13/39. fevereiro 1998.

inserção do executivo central em um conjunto de instituições autônomas e que se monitoram mutuamente, esta própria distribuição de autoridade reforça a coerência e a efetividade das políticas de reforma. Ela alcança isto multiplicando os pontos de alavancagem no campo da política. A política de transformação é alavancada não simplesmente por meio do alinhamento das mais longas cadeias de aliados, mas utilizando os antagonismos institucionais. As políticas de transformação não utilizam as transições “suaves”, mas usam as fricções institucionais *como pontos de apoio para construir credibilidade junto ao público e ganhar autorização para a promoção das mudanças*. (...) Os resultados indicam uma correlação sólida. O problema para a teoria do executivo não limitado, no entanto, como veremos mais adiante no texto, é que o sinal é negativo. Isso é, nossa análise dos casos do Leste Europeu sugere que as configurações institucionais que constriam a autoridade do executivo têm maior probabilidade de produzir formulações e implementações coerentes de políticas de reforma econômica. Nos casos em que a autoridade é menos constriada, ao contrário, as políticas são menos coerentes.

Aliás, não é demais lembrar que a teoria da democracia agregativa-elitista foi concebida no contexto e sob a influência da escola neoclássica da economia. Essa teoria já partiu, portanto, de uma visão descrente das potencialidades das práticas democráticas, pautada pela necessidade de contenção da *intensidade* da democracia. Conforme destaca Carole Pateman, “*a teoria contemporânea da democracia não é uma mera descrição do modo como operam certos sistemas políticos. Ela implica que esse é o tipo de sistema que deveria ser valorizado, e inclui uma série de padrões ou critérios pelos quais um sistema político pode ser considerado “democrático”. Não é difícil de constatar que para os teóricos considerados esses padrões são aqueles inerentes ao sistema democrático anglo-americano existente, e que com o desenvolvimento desse sistema já temos o Estado democrático ideal*”³⁵.

Assim sendo, pautar-se pelo modelo agregativo para descredenciar a democracia como um valor constitui, por si só, um erro metodo-

35 PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria Democrática*. p. 26. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992

lógico. Diante disso, seja pelo erro metodológico ou pelas evidências empíricas, não há fundamento para indicar que sistemas políticos democráticos são incapazes de produzir decisões políticas e resultados econômicos eficientes. O que se nota, em oposição, é que a concentração de poder político, ou o insulamento econômico não são receitas para a eficiência governamental.

VI. CONCLUSÃO

O triunfo da democracia no século XX enfrenta o ceticismo dos economistas, que duvidam do sucesso democrático, diante do crescimento de partidos de extrema-direita, do descrédito generalizado dos agentes políticos e das dificuldades do Estado democrático em cumprir as suas amplas promessas de bem-estar social.

Fato é que a democracia teve o seu triunfo institucional, mas no aspecto teórico não se produziu um modelo uniforme de democracia. É certo, no entanto, que o sistema representativo foi tomado como critério pertinente das democracias liberais e pressupõe: mandatos eleitorais limitados; monopólio dos representantes do povo sobre a elaboração das leis; proibição de representação do povo por servidores do Estado; redução de gastos com campanhas políticas; e a não interferência do dinheiro nos processos eleitorais. Essa seria a receita para garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, a dissociação da representação da vontade geral da representação dos interesses privados e evitar a perpetuação do agente político no exercício da função política.

Contudo, as sociedades em que vivemos e que chamamos de democracias representativas coexistem com: agentes políticos eternos, que alternam ou acumulam funções municipais, estaduais ou federais, legislativas ou executivas; governos que utilizam para governar atos normativos (medidas provisórias e decretos) elaborados por eles próprios; o aparelhamento de empresas estatais com agentes políticos; e partidos e campanhas eleitorais³⁶ financiados por contratos públicos. Em resumo, a apropriação

36 É certo que, pelo menos no Brasil, com o julgamento da ADI nº 4650, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais, a influência do dinheiro no processo eleitoral por empresas contratadas pelo Poder Público foi mitigada. As últimas eleições presidenciais de 2018, por sinal, confirmaram a diminuição da influência do dinheiro no resultado das eleições, uma vez que os candidatos com mais recursos de campanha tiveram resultados inexpressivos.

do público por uma aliança do poder econômico com as elites governantes tradicionais.

Como resultado desse cenário, os governados, amplamente desobrigados da preocupação de governar, ficam entregues a suas paixões privadas e egoístas voltadas à satisfação de seus interesses de consumidores. Essa democracia contemporânea, que se assemelha à visão descritiva schumpeteriana, certamente se distancia da ideia de “*governo do povo, pelo povo e para o povo*”.

É fora de dúvida, assim, que se é essa a democracia aquela a que se imputa a irracionalidade e a incompatibilidade para a eficiência econômica, não há o que discutir. Contudo, se esse é apenas um modelo descritivo de um regime que se distanciou da democracia como valor de igualdade nas relações políticas, não há como atribuir às práticas democráticas as falhas de eficiência governamental.

Os problemas da pseudodemocracia das sociedades contemporâneas não servem, no entanto, para descartar o ideal democrático de igualdade política e, no seu lugar, optar-se por um modelo de centralização de poder técnico, religioso ou histórico. Como aponta Luis Roberto Barroso, “*qualquer ideia complexa, de fato, está sujeita ao abuso e a má utilização: a democracia pode ser manipulada por populistas, o federalismo pode se degenerar em hegemonia do governo central e o controle judicial de constitucionalidade pode ser contaminado pela política. Como disse Ronald Dworkin, “seria lamentável abandonar uma ideia relevante ou mesmo um nome conhecido pelo risco de malversação”*”³⁷.

A democracia é o regime de atribuição de poder político que não se assenta em nenhuma legitimidade histórica, religiosa ou técnica. Dessa forma, imobilizar a força democrática não é nada mais do que uma estratégia para impedir o questionamento das titularidades históricas de poder político e econômico. Nas palavras de Jacques Rancière³⁸, “*através do ódio que manifestam contra a democracia, ou em seu nome, e através das amálgamas às quais submetem sua noção, obrigam-nos a recuperar a força singular que lhe é própria. A democracia não é nem a forma de governo que permite à oligarquia reinar em nome do povo nem a forma de sociedade regulada pelo poder da mercadoria. Ela é a ação*

37 BARROSO, Luis Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Ano 101, v 919, p 127/196. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012.

38 RANCIÈRE, Jacques. O ódio à democracia. p 121. São Paulo: Boitempo, 2014

que arranca continuamente dos governos oligárquicos o monopólio da vida pública e da riqueza a onipotência sobre a vida. Ela é a potência que, hoje mais do que nunca, deve lutar contra a confusão desses poderes em uma única e mesma lei da dominação”.

Nesse passo, é preciso moldar a arquitetura institucional dos Estados para que se ampliem os espaços de participação social, incentivando a construção de arenas de debate efetivamente deliberativos. A construção do “homem democrático” pressupõe o reforço de participação social na tarefa de governar. A solução apresentada, de fato, cria um novo problema relacionado à natureza da participação, à concepção de democracia empregada e à capacidade para cooperação social e envolvimento cívico. No entanto, esses são desafios que valem o enfrentamento. Apenas o processo democrático pode conciliar o conhecimento técnico e a análise racional à política, sem que se excluam reciprocamente, nem aspirem à superioridade e à tomada definitiva do poder político.

VII. REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. *Entre Deus e o diabo: mercados e interação humana nas ciências sociais*. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, v 16, n 2, 2004

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *Revista de Direito do Estado*, nº 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2011

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de Direito Administrativo nº 240*, São Paulo: Editora Atlas, 2005.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Papeis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação, *Revista de Direito do Estado* n° 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Os direitos à educação e o STF*, 2012. Disponível em <http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-os-direitos-a-educacao-e-o-stf.pdf>

BARROSO, Luis Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. Ano 101, v 919, p 127/196. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012

BARROSO, Luis Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: Barroso, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo* (www.luisrobertobarroso.com.br).

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: Barroso, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: Barroso, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*, t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

BENHABIB, Seyla. *Toward a deliberative model of democratic legitimacy*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986

COLEMAN, Jules. *Markets, Morals and the Law*. p 71/72. New York: Oxford University Press, 2003

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GHETTI, Pablo Sanges. Às margens da deliberação: notas sobre uma política deliberativa por vir. In: VIEIRA, José Ribas. *Temas de constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

HAMILTON, Alexander. JAY, John. Madison, James. *O federalista*. Campinas: Russel, 2003.

HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 12 ed.: Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1978.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7 edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LIJPHART, Arend. *Patterns of democracy. Government forms and performance in thirty-six democracies*. Yale University Press, 1999

LOUREIRO, Maria Rita. ABRUCIO, Fernando Luiz. *Democracia e eficiência: a difícil relação entre política e economia no debate contemporâneo*. Revista de Economia Política, vol 32, n 4, p 615/633, outubro-dezembro/2012.

MARX, Karl. ENGELS, Friederich. *Manifesto Comunista*. São Paulo: Boitempo: 1998.

MATHIS, Klaus. *Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Lucerne: Springer, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. *Direito de participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MYRDAL, Gunnar. *Aspectos políticos da teoria econômica*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

OLIVEIRA VIANNA, Francisco José. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.

PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1972.

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. The Value of Wealth: a comment on Dworkin and Kronman. In: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, n. 2, 1980, pp. 243/252.

PRADO Jr., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

RAGAZZO, Carlos Emanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: Belknap Press, 2001

_____. *Liberalismo Político*. Barcelona: Crítica, 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org). *Regulação e Desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHNAPPER, Dominique. *La démocratie providentielle*. Paris: Gallimard, 2002.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

_____. *El valor de la democracia*. Espanha: El Viejo Topo, 2006

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya; NUSSBAUM, Martha. *The quality of life*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito de garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STARK, David. BRUSTZ, Laszlo. *Enabling constraints: fontes institucionais de coerência nas políticas públicas no pós-socialismo*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. v 13. n 36. p 13/39. fevereiro 1998.

WALRAS, Leon. *Compendio dos elementos de economia política pura*. Os Economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

Direito à Igualdade de Gênero: Uma Proposta de Densificação do Art. 5º, I, da Constituição de 1988*

Cristina Telles

*Doutoranda e Mestre em Direito Público pela UERJ.
Professora de Direito Constitucional. Advogada.*

RESUMO: O presente estudo visa oferecer uma contribuição inicial para a revitalização do direito à igualdade de gênero no Brasil. Adotando como premissa a teoria de justiça da filósofa norte-americana Nancy Fraser e sugerindo algumas adaptações para a sua aplicação ao Brasil, argumenta-se que o direito à igualdade de gênero pode e deve ser encarado sob quatro óticas distintas e complementares entre si: (i) igualdade formal, (ii) igualdade como redistribuição, (iii) igualdade como reconhecimento, e (iv) igualdade como representação.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade de gênero; Direito Constitucional; Feminismo; Nancy Fraser; Igualdade formal; Redistribuição; Reconhecimento; Representação.

ABSTRACT: This study aims to offer an initial contribution to the revitalization of the right to gender equality in Brazil. Adopting the theory of justice of the American philosopher Nancy Fraser and suggesting some adaptations for its application in Brazil, this paper argues that the right to gender equality can and should be viewed from four different point of views: (i) formal equality, (ii) equality as redistribution, (iii) equality as recognition and (iv) equality as representation.

KEY-WORDS: Gender Equality; Constitutional Law; Feminism; Nancy Fraser; Formal Equality; Redistribution; Recognition; Representation.

INTRODUÇÃO

A desigualdade de gênero é a mais extensa, complexa e persistente forma de desigualdade social que existe no mundo¹. São, atualmente, cerca de 3,62 bilhões de pessoas – 49,6% da população² – que têm seu pleno desenvolvimento limitado pelo simples fato de serem mulheres. 3,62 bilhões de pessoas que têm seus direitos fundamentais diminuídos ou dificultados; que deixam de contribuir como poderiam para a política, a economia e a sociedade de maneira geral. Quase metade do planeta que tem intensificados os preconceitos, as discriminações e as formas de violência que por outros motivos já poderia sofrer. Se o mundo pode ser perverso para um homem pobre, pode ser ainda pior para uma mulher pobre; e o mesmo vale para uma negra, uma homossexual, uma integrante de minoria religiosa ou cultural, uma imigrante ou uma mulher com deficiência.

A “ordem de gênero”³ existente nas sociedades contemporâneas também atinge diretamente os homens, ainda que em intensidade bastante inferior. São também eles pressionados a assumirem papéis sociais por vezes não condizentes com seus reais desejos e suas aspirações de vida, enfrentam preconceitos caso desviem dos estereótipos criados em torno da masculinidade e são vítimas da própria cultura de violência em que são criados⁴.

Como sociedade, todos somos prejudicados. Temos de arcar com o elevadíssimo custo humanitário, político, econômico e social de viver em um mundo caracterizado pela desigualdade entre mulheres e homens. Apenas como exemplo, por ano, mais de 43 mil mulheres são assassinadas,

1* Esse artigo é uma síntese de alguns capítulos da dissertação de mestrado defendida em 2016, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, sob a orientação do Prof. Daniel Sarmento e coorientação da Prof. Jane Reis, com o título “*Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero*”.

De maneira similar, o historiador Yuval Noah Harari qualifica o gênero como “*a hierarquia social mais influente e estável da história*” e reconhece que, até hoje, simplesmente não sabemos porque ela existe, o que corrobora a aqui denominada “complexidade” do fenômeno. Como Harari afirma, “*há muitas teorias [a respeito da hierarquia social entre mulheres e homens], nenhuma delas convincente*” (HARARI, Yuval Noah. *Sapiens - Uma breve história da humanidade*, 9ª ed. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 156-168).

2 Estes são o número e o percentual de mulheres segundo estimativa da ONU publicada no relatório *World Population 2015*. Não há informação sobre como foram computadas no relatório as pessoas transgêneros. Disponível em http://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/World_Population_2015_Wallchart.pdf, último acesso em 10.06.2018.

3 A expressão foi difundida a partir dos trabalhos de Raewyn Connell (*i.e.*, CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global. Compreendendo o gênero – da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo*. Trad.: Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015) e é autoexplicativa: designa, de maneira ampla, os arranjos que *ordenam*, ou seja, criam padrões e dão sentido às distinções de gênero nas sociedades.

4 Op. cit., p. 35-6.

vítimas da violência doméstica⁵; incontáveis ideias brilhantes de líderes em potencial permanecem silenciadas, em decorrência dos obstáculos que ainda se impõem para a efetiva participação das mulheres na política e nos centros de poder de maneira geral⁶; mais de 27 trilhões de dólares deixam de ser adicionados à economia global⁷; e incalculáveis perdas sociais advêm da subutilização da mais eficaz ação de desenvolvimento humano do planeta, qual seja, a educação de meninas^{8 9}.

A essa extensão da desigualdade de gênero, soma-se, como visto, a característica da complexidade. O tratamento diferenciado entre mulheres e homens costuma ser justificado¹⁰ (i) pela natureza ou (ii) por dogmas

5 Cf. Relatório “*Global Study Homicide*” da UNODOC (*United Nations Office on Drugs and Crime*), disponível em https://www.unodoc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf, último acesso em 10.06.2018.

6 Conforme será explorado neste artigo, “[m]ulheres são subrepresentadas como eleitoras, assim como em posições de liderança, quer seja em cargos eletivos, no serviço público, no setor privado ou na academia” e, com isso, perde-se a oportunidade de se estabelecer um ambiente deliberativo mais promissor, não apenas para os direitos e interesses das próprias mulheres, mas para o surgimento de novas ideias e a tomada de melhores decisões de modo geral (Relatório da ONU, disponível em <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/leadership-and-political-participation#sthash.vN1Bf51.dpuf>, último acesso em 10.06.2018).

7 Estimativa de acréscimo no PIB anual dos países em 2025 se todos atingissem o nível máximo de igualdade de gênero hoje existente (2015). Se cada país atingisse apenas o nível máximo da sua região, o ganho em 2025 seria menor, mas ainda bastante significativo: 12 trilhões de dólares. Cf. cálculos do instituto McKinsey, divulgados no relatório “*The Power of Parity*”, em setembro de 2015, disponível em http://www.mckinsey.com/insights/growth/how_advancing_womens_equality_can_add_12_trillion_to_global_growth, último acesso em 10.06.2018. Dados semelhantes já haviam sido obtidos pela Booz & Company em 2012, quando se calculou que, especificamente no Brasil, apenas a equiparação das taxas de empregos entre mulheres e homens já representaria um impulso na economia nacional de 9% do PIB (disponível em http://www.strategyand.pwc.com/media/file/Strategyand_Empowering-the-Third-Billion_Full-Report.pdf, último acesso em 10.06.2018). Também o Banco Mundial qualifica o combate à desigualdade de gênero como uma medida inteligente de economia (“*World Bank Report 2012 - “Gender equality and development”*”, disponível em <https://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-129969968583/7786210-1315936222006/Complete-Report.pdf>, último acesso em 10.06.2018).

8 A afirmação é recorrente entre estudiosos de desenvolvimento humano, já tendo sido feita, por exemplo, por dois ex-integrantes das Nações Unidas: o ex-subsecretário-geral Sashi Tharoor e o ex-secretário-geral Kofi Annan (vide: EXAME CEO – Ideias para quem decide - edição especial “Mulheres – a nova força da economia” São Paulo: Editora Abril, novembro de 2013). O efeito catalisador de bem-estar social advindo da educação de meninas também já foi apontado pelo Banco Mundial, no relatório citado na nota anterior.

9 Atualmente, 63 milhões delas estariam fora das escolas e, apesar dos esforços mundiais, a disparidade entre meninas e meninos no acesso à educação básica tem aumentado (cf. Relatório da UNESCO disponível em <http://www.tellmaps.com/uis/gender/>, último acesso em 10.05.2018). No Brasil, especificamente, os problemas de acesso à educação têm se concentrado nas faixas pré-escolar e do ensino médio, e, embora não se verifique distinção significativa entre a quantidade de meninas e meninos não matriculados nas escolas, há dificuldades específicas aplicáveis a elas. Estima-se que a gravidez precoce seja a principal causa para evasão das mais de 769.000 adolescentes de 15 a 17 anos que estão fora das escolas no Brasil (cf. Relatório “*Todas as Crianças na Escola em 2015*”, publicado pela UNICEF em agosto de 2012, disponível em http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_24118.htm, último acesso em: 10.06.2018).

10 O fato de as justificativas usuais para desigualar homens e mulheres serem a natureza humana e a religião não significa que estas sejam as causas da desigualdade. Há diversas teorias que defendem que os discursos científico e religioso para diferenciação entre homens e mulheres são instrumentos ou decorrências de outros fenômenos sociais, os quais, estes sim, estariam na base da desigualdade de gênero. Além disso, conforme já comentado, há quem entenda que simplesmente não sabemos ainda as causas dessa desigualação (vide nota de rodapé n. 1 *supra*)

religiosos¹¹. Lidar com a desigualdade em questão envolve, portanto, em grande medida, discutir (i) um suposto conhecimento de ciências naturais, enraizado nas tradições de praticamente todos os povos e aplicado a cada indivíduo desde o primeiro dia de vida¹², ou (ii) a fé das pessoas¹³. De um jeito ou de outro, consegue-se entender por que é uma tarefa tão difícil. É como se fosse questionado quem está acima de qualquer questionamento, seja a natureza, seja Deus¹⁴.

Para agravar o quadro, há, de fato, razões naturais ou biológicas que justificam e até impõem o tratamento diferenciado entre mulheres e homens em determinadas hipóteses. Desse modo, identificar a “verdadeira” desigualdade de gênero, aquela que é preconceituosa e discriminatória, depende de um conhecimento de ciências naturais¹⁵ relativamente profundo, que, em geral, as pessoas não têm.

Mesmo os estudiosos de ciências humanas dedicados ao assunto da desigualdade precisam de dados externos à sua área de especialização para enfrentar as questões de gênero. Daí surgem alguns riscos, como: falhas no entendimento de elementos das ciências naturais por parte desses estudiosos e da sociedade em geral; falta de diálogo entre os diferentes campos de saber, e entre a academia e o povo; e equívocos na própria produção

11 Cf. FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, p.18-9.

12 Na verdade, já antes do nascimento, a desigualdade de gênero começa a moldar a vida do futuro bebê. Perguntas sobre o sexo da criança costumam ser as primeiras a serem feitas aos pais e pautam a decoração do ambiente em que a criança viverá, os presentes que ganhará, o imaginário familiar e social sobre o seu futuro e a forma como será educada. Não por outra razão, o gênero é uma das primeiras categorias sociais que as crianças assimilam: estima-se que entre 2 e 3 anos de idade já saibam perceber as diferenças de gênero e, até os 4 anos, se identifiquem como pertencentes a algum deles. Vide, entre outros, (i) estudos da Associação Americana de Pediatria, disponíveis em <https://www.healthychildren.org/English/ages-stages/gradeschool/Pages/Gender-Identity-and-Gender-Confusion-In-Children.aspx>, último acesso em 10.06.2018; e (ii) o verbete “gênero” na Enciclopédia de Desenvolvimento da Primeira Infância, organizada por institutos vinculados à Universidade de Montreal e de Laval, no Canadá, disponível em <http://www.child-encyclopedia.com/gender-early-socialization/according-experts/gender-self-socialization-early-childhood>, último acesso também em 10.06.2018.

13 Quase todas as religiões do mundo estabelecem distinções entre mulheres e homens que conferem a estes maior prestígio social. Além do Cristianismo e do Islamismo, que, somados, congregam mais da metade da população adulta do planeta, Hinduísmo, Budismo e Judaísmo são alguns exemplos de religiões de grande e médio alcance que reproduzem essa desigualação em suas crenças. Cf. FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, p. 20.

14 É certo que outras formas de desigualdade já foram respaldadas por discursos científicos ou religiosos, mas nenhuma delas com a força e a persistência da desigualdade de gênero. Vide: ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo*, 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 56.

15 Embora controversa, a distinção entre ciências naturais e ciências humanas permanece amplamente difundida, tomando por base, sobretudo, (supostas) diferenças de objetos de estudo e metodologias de pesquisa entre esses dois grandes grupos do conhecimento. Para uma caracterização moderna dessa dicotomia científica, veja-se: SNOW, Charles Percy. *The Two Cultures*, 18th reprint. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

das ciências naturais, que acabam sendo acolhidos acriticamente por outras ciências ou pelo senso comum. Sobre esse último ponto, vale destacar que as ciências naturais não são objetivas e neutras como já se imaginou, e muito menos imunes a erros. Atuam, tal qual as ciências humanas, influenciadas pelas pré-compreensões dos seus agentes e limitadas pelo conhecimento e pela tecnologia disponível em cada momento¹⁶.

Mas a complexidade da desigualdade de gênero não para por aí. Até a segunda justificativa comumente apontada para diferenciarem-se mulheres e homens – os dogmas religiosos – tem algum espaço legítimo de atuação, o que agrega controvérsias na identificação daquilo que deve ou não ser tolerado em matéria de gênero. Com efeito, o princípio moderno da laicidade estatal não impede que as pessoas pautem suas vidas por valores religiosos; ele apenas impede que o Estado o faça¹⁷. Portanto, há uma margem dentro da qual as religiões podem atuar na sociedade, inclusive defendendo diferenciações de gênero.

Definir essa margem é, no entanto, um enorme desafio, entre outros motivos, porque a laicidade não foi construída em um papel em branco. Ela surgiu – como todas as ideias surgem – historicamente condicionada e acabou cedendo à incorporação de diversas razões das religiões majoritárias pelo Estado, sob um falso manto de neutralidade. Assim, não se pode pensar apenas no tanto que, aberta e diretamente, as religiões devem poder influenciar o tratamento estatal voltado à temática de gênero. É preciso investigar, também, o quanto elas já influenciam através do próprio Estado e debater a legitimidade desse espaço de atuação, conquistado no passado e que muitos tentam manter invisível.

As considerações acima, a propósito da complexidade da desigualdade de gênero, ajudam a entender, também, a sua terceira característica: a persistência. Embora não tenha existido em todos os tempos e lugares¹⁸,

16 O feminismo, inclusive, foi um dos principais responsáveis por desmistificar a objetividade e a neutralidade das ciências naturais. Sobre a denominada *filosofia feminista das ciências*, vide: HONDERICH, Ted (ed.). *The Oxford Companion to Philosophy*. Nova York: Oxford University Press, 2005, p. 849.

17 Nas palavras do professor Daniel Sarmento, “[a] laicidade não significa a adoção pelo Estado de uma perspectiva atesta ou reatária à religiosidade. [...] Pelo contrário, a laicidade impõe que o Estado se mantenha neutro em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade, sendo-lhe vedado tomar partido em questões de fé, bem como buscar o favorecimento ou o embaraço de qualquer crença” (SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. *RDE*, Rio de Janeiro, n. 8, p. 75-90, out./dez. 2007).

18 Cf. FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, p. 20. Em geral, reconhece-se que todos os povos até hoje estudados dividiram-se, em algum grau, entre mulheres e homens. Nem sempre, porém, essa divisão teve o peso social, cultural e político que passou a ostentar, pelo

a mencionada desigualdade se espalhou pelo mundo e tem se mantido firme há séculos. Grande parte da força para tanto vem, exatamente, das justificativas utilizadas para diferenciar mulheres e homens.

Os sentidos comuns construídos a respeito da natureza humana e os dogmas religiosos permitiram, especialmente se tomados como fenômenos históricos não excludentes, que a desigualdade de gênero se reproduzisse ao longo da história em praticamente qualquer grupo e ambiente (*e.g.*, entre ateus e pessoas de fé, progressistas e conservadores, intelectuais e analfabetos; em instituições públicas e privadas, grandes cidades e vilarejos rurais, ruas e casas). Revelaram-se, além disso, bem mais adaptáveis do que se poderia imaginar. Em suma, ciência e religião conseguiram manter hegemônica a regra de desigualação social entre mulheres e homens, modificando ou ressignificando pontualmente suas verdades e crenças, de forma a acolher demandas, também pontuais, de igualdade que conquistaram maior adesão social e política, ou que simplesmente fizeram-se prevalecer em bases racionais (científicas)¹⁹ ou sentimentais (espirituais)²⁰.

A boa notícia diante do quadro acima descrito é que uma análise retrospectiva dos últimos cem anos revela significativos avanços no enfrentamento da desigualdade de gênero. Sobretudo por iniciativa e atuação de mulheres que tiveram a coragem de se opor às amarras sociais e polí-

menos, desde a Revolução Agrícola (HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – Uma breve história da humanidade*, 9ª ed. Trad. Janaina Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 152).

19 O declínio da categoria médica da histeria exemplifica essas adaptações ou correções de rumo da ciência motivadas por demandas em prol da igualdade de gênero. Bastante utilizada até meados do século XX, a histeria foi concebida em um contexto de propagação de inúmeros estudos, no século XIX, que supostamente comprovavam a origem biológica das distinções entre mulheres e homens na sociedade. Foi empregada para reprimir as lutas feministas por igualdade de direitos, categorizando as mulheres que as defendiam como portadoras de comportamentos desviantes, “não saudáveis”; bem como para difundir, por contraste, padrões de comportamento desejáveis. Uma das formas de tratamento da histeria, adotada até a década de 1960 na Europa e nos Estados Unidos, foi, inclusive, a mutilação genital, hoje, felizmente, inaceitável nessas regiões do planeta, assim como a própria categoria médica da histeria – maleável em significado e restrita às mulheres em alcance. (ROHDEN, Fabíola. *Uma Ciência da Diferença: sexo e gênero na medicina da mulher* [online], 2ed. rev. e ext. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2011, p. 30-67).

20 A adaptabilidade das crenças religiosas, presente nos processos de aceitação do divórcio em diversas crenças, pode ser ilustrada, também, por mudanças mais sutis, como a atinente aos padrões de vestimenta, por parte da Igreja Católica Apostólica Romana. Veja-se, nesse sentido, a “Notificação concernente às mulheres que vestem roupas de homem”, emitida pelo Cardeal Siri, recriminando, em 1960, o uso de calças pelas fiéis, o que acabou, todavia, vindo a ser admitido pela aludida instituição religiosa ainda no final do século passado (disponível em <http://www.national-coalition.org/modesty/modsiri.html>, último acesso em 10.06.2018). A “Carta às Mulheres”, emitida pelo Papa João Paulo II em 1995, por ocasião da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Conferência de Pequim), da ONU, expressa outras pontuais modificações na postura da Igreja Católica em relação às mulheres, deixando clara, porém, a manutenção da lógica central de diferenciação de papéis (desígnios divinos) entre elas e os homens (disponível em https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/letters/1995/documents/hf_jp-ii LET_29061995_women.html, último acesso em 10.06.2018).

ticas que lhes eram impostas, o mundo em 2018 é um lugar melhor para o gênero feminino. Cem anos atrás, em regra, as mulheres não votavam; tinham acesso reduzido à educação; eram dependentes juridicamente de seus pais, maridos ou filhos; não tinham direito à propriedade; e enfrentavam severas restrições para ou no exercício de trabalho remunerado²¹. Hoje, a igualdade de gênero é um direito humano assegurado em tratados internacionais²² e pelos sistemas constitucionais de praticamente todos os países do mundo²³ e, em geral, vigora um regime oposto ao do início do século XX: mulheres votam; não encaram barreiras formais para acesso à educação; são autônomas juridicamente; podem ser proprietárias; e têm o mercado de trabalho, também formalmente, à sua disposição²⁴. Não é à toa, portanto, que o feminismo é considerado o movimento social mais importante do último século ou, pelos menos, o que mais transformações sociais produziu em escala global²⁵.

Tamanho sucesso levou, contudo, de maneira um tanto paradoxal, ao esfriamento do feminismo a partir de meados dos anos 1980, em especial em países desenvolvidos²⁶. Passou-se a imaginar, em suma, que o caminho para a igualdade de gênero já estava traçado e que, para atingi-la, bastaria seguir em linha reta por mais algum tempo. Assim, uma nova geração de mulheres, nascida em um mundo já radicalmente transformado

21 Cf. FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, p. 58; e DOEPKE, Matthias; TERTILT, Michele; VOENA, Alessandra. The Economics and Politics of Women's Rights. *Annual Review of Economics, Annual Reviews*, vol. 4(1), p. 339-372, 2012.

22 A Carta das Nações Unidas, aprovada em 1948 e que conta, atualmente, com 193 Estados signatários, veda, por quatro vezes, a discriminação baseada em sexo (arts. 1º, 3; 13, *h*; 55, *c*; e 76, *e*). Por sua vez, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, já assinada por 189 países, detalha essa vedação e reforça a tutela dos direitos das mulheres. Esses dois são os principais documentos de alcance global sobre o assunto, mas há inúmeros outros. Para um compêndio dos principais tratados adotados pelo Brasil sobre a matéria, vide: Legislação da mulher [recurso eletrônico], 6ª ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014.

23 Segundo levantamento feito por Catharine MacKinnon, dos cerca de 200 países com Constituição escrita, 184 garantem a igualdade de gênero expressamente, embora as formas de fazê-lo variem (MACKINNON, Catharine. *Gender in Constitutions*. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Nova York: Oxford University Press, 2012, p. 404).

24 Cf. FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, p. 67, 164, 319 e 353.

25 Cf. BUCHANAN, Ian. *A Dictionary of Critical Theory*. Nova York: Oxford, 2010, p. 166.

26 No Brasil, esse esfriamento do feminismo iniciou-se um pouco depois, tornando-se mais evidente a partir da segunda metade da década de 1990. Sobre o tema, veja-se: TELLES, Cristina. Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero. 2016. 290f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

pelo feminismo, acreditou que não precisaria mais dele²⁷. Atingiriam a idade adulta e teriam uma vida repleta de oportunidades pela frente.

No Brasil, esse otimismo em relação à igualdade de gênero coincidiu com o período de vigência inicial da Constituição de 1988²⁸, contribuindo para a incipiente produção doutrinária acerca da matéria no país. Apenas nos últimos anos, as discussões sociais e políticas sobre gênero retomaram força, expondo velhas e novas facetas da desigualdade entre mulheres e homens e dando forma a uma nova geração de feministas – na qual esta autora se inclui – que ainda não sabe ao certo como enfrentar o problema. Uma geração que tem muito a aprender com as anteriores, mas que também precisa desenvolver suas próprias ferramentas e abordagens, inclusive jurídicas, de combate a uma desigualdade que, de muitas maneiras, se reinventou.

O objetivo deste artigo é colaborar para essa necessária e contemporânea reflexão, analisando como o direito consagrado no art. 5º, I, da Constituição de 1988, pode ser densificado e interpretado de modo a contribuir para as atuais demandas por igualdade de gênero. A fim de conferir maior respaldo ao trabalho, adota-se como base a consagrada teoria de justiça da filósofa e feminista norte-americana Nancy Fraser²⁹. Nesse sentido, defende-se que o direito à igualdade de gênero seja encarado de forma multidimensional, contemplando garantias não hierarquizadas de igualdade como redistribuição, como reconhecimento e como representação. Em adição a essas três facetas reconhecidas na teoria da autora

27 Naturalmente, houve exceções: pessoas, grupos sociais e instituições que se mantiveram alertas e mobilizados em torno da igualdade de gênero. Além de poucos e dispersos, tinham, em geral, reduzida visibilidade e apelo político, o que explica porque, infelizmente, não foram capazes de manter a força do feminismo dos anos 1970.

28 Comentando a difusão desse entendimento no Brasil, sobretudo a partir de um discurso jornalístico que caracterizou o feminismo no país, a partir dos anos 1990, como uma demanda “superada”, veja-se: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. Introdução: teoria política feminista hoje. In: _____. *Teoria Política feminista: textos centrais*. Vinhedo: Editora Horizonte, 2013, p. 8.

29 Sobre a aludida teoria de justiça e a evolução do pensamento de Fraser a seu respeito, confira-se: (i) *Unruly Practices – Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989; (ii) *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992; (iii) *Pragmatism, feminism and the linguistic turn*. In: BUTLER, Judith; CORNELL, Drucilla; FRASER, Nancy (orgs.). *Feminist Contentions*. Nova York: Routledge, 1995; (iv) *Justice Interrupts – critical reflection on the ‘Postsocialist’ condition*. Nova York: Routledge, 1997; (v) FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*. Trad. Joel Gob, James Ingram, Christiane Wilke. Nova York: Verso, 2003; (vi) *Scales of Justice – Reimagining Political Space in a Globalizing World*. Nova York: Columbia University Press, 2010; (vii) Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça. Trad. Bruno Ribeiro Guedes e Leticia de Campos Velho Martel. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167-189; (viii) *Fortunes of feminism – From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*. Nova York: Verso, 2013.

norte-americana, sugere-se, ainda, o reconhecimento de uma dimensão formal do direito à igualdade de gênero, não apenas como decorrência de uma leitura, em si também formalista, do direito previsto no art. 5º, I, da CF/1988, mas também como garantia ainda relevante no país para promoção dos direitos das mulheres³⁰.

1. IGUALDADE FORMAL

A igualdade formal constitui a faceta mais evidente do direito fundamental consagrado no art. 5º, I, da CF/1988 e remonta historicamente à origem do feminismo. Com efeito, durante a primeira onda do movimento, tanto nos Estados Unidos e na Europa como no Brasil, buscava-se, principalmente, a igualdade das mulheres perante a lei, sendo a participação no sufrágio o exemplo maior disso³¹. Com o passar do tempo, no entanto, o feminismo foi se tornando cada vez mais crítico dessa compreensão formal de igualdade. Mais do que insuficiente para atender as demandas das mulheres, ela passou a ser tida como uma ferramenta de manutenção, escamoteada, de uma ordem político-social eminentemente masculina e discriminatória³².

A crítica acima referida, embora extremamente importante, não deve levar, contudo, ao repúdio da igualdade em sua dimensão formal. Há razões político-filosóficas para se continuar a crer na igualdade perante a lei como garantia necessária, ainda que não única ou suficiente, para a construção de uma sociedade mais justa em termos de gênero, bem como razões pragmáticas para a sua defesa.

Do ponto de vista *político-filosófico*, pode-se ressignificar e complementar a dimensão formal da igualdade de gênero, evitando-se, assim, que ela sirva à reiteração de padrões normativos de origem discriminatória. Nesse sentido, a igualdade formal seria compreendida não como uma ex-

30 Cf. TELLES, Cristina. *Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero*. 2016. 290f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, cap. 3.

31 Cf. FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, p. 128. Confira-se, em complementação: ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é Feminismo*, 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 38.

32 Cf.: “a igualdade [...] não pode ser alcançada permitindo que os homens construam instituições sociais segundo seus interesses e, depois, ignorando o gênero dos candidatos ao decidir quem preenche os papéis nestas instituições?” (KYLINCKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea – Uma introdução*. Trad. Luís Carlos Borges. Rev. de trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 307.

ensão dos direitos dos homens às mulheres, mas como uma garantia de tratamento igualitário a partir de um ordenamento que seja, ele próprio, constantemente questionado quanto à sua formatação potencialmente desigual ou mesmo impeditiva do pleno desenvolvimento das mulheres. Haveria, portanto, igualdade perante a lei, mas também um exercício constante de problematização do conteúdo da lei, de modo a se combater a perpetuação de padrões normativos ofensivos às mulheres.

Mesmo, todavia, que se discorde da viabilidade da conciliação acima proposta e, por conseguinte, do acerto dogmático da dimensão formal da igualdade de gênero, há, conforme assinalado, motivos *pragmáticos* para sustentá-la. Os paradigmas e as instituições político-sociais da modernidade, masculinos e preconceituosos como possam ser, permanecem em vigor; e as chances de serem transformados pelas mulheres aumentam quando estas têm, ao menos, um conjunto básico de direitos assegurado a partir de uma concepção formal de igualdade.

Há, ainda hoje, uma quantidade significativa de direitos passíveis de conquista pelas brasileiras a partir da invocação à igualdade formal, o que, aliado à literalidade do art. 5º, I, da CF/1988, corrobora a vantagem pragmática de se trabalhar a aludida dimensão do direito. Em suma, o que se quer dizer é que o desenvolvimento, relativamente simples, de uma compreensão firme de igualdade perante a lei ainda pode ser bastante útil ao enfrentamento de antigas e renovadas violações aos direitos das mulheres.

A fim de exemplificar esse emprego ressignificado e pragmaticamente vantajoso da igualdade formal, veja-se, inicialmente, o disposto em dois artigos do Código Civil (arts. 1.523 e 1.736) que, sem terem ensejado, até hoje, a devida discussão, distinguem o tratamento dado a mulheres e homens.

O art. 1.523 do Código estabelece que não deve se casar, entre outras pessoas, “*a viúva ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal*” (inciso II). Não há regra semelhante para o viúvo ou o homem cujo casamento tenha se desfeito por invalidade. O preceito limita, assim, a liberdade da mulher com base em uma compreensão moral de que ela, e apenas ela, deve guardar um período de intervalo entre a viuvez e a dissolução da sociedade conjugal até poder se casar novamente.

Poderia se alegar que a regra protege as mulheres – delas próprias, ou de homens interessados em se aproveitar de sua viuvez ou recente separação. Mas cabe perguntar por qual razão a intervenção estatal, mesmo se tida como protetiva, deveria prevalecer sobre a autonomia da mulher na hipótese. A verdade é que não há razão legítima que justifique a medida³³. Tal como ocorre em relação a outras supostas vantagens legais concedidas às mulheres, tem-se no art. 1.523 do CC uma ingerência estatal de viés paternalista, que poderia ser percebida ou revelada como tal mediante um simples exercício hipotético de extensão do direito ou “benefício” ali previsto aos homens, amparado em uma compreensão minimamente séria da igualdade formal.

Por sua vez, o art. 1.736 do CC dispensa as mulheres casadas do exercício da tutela, tal como faz com os maiores de 60 anos e os impossibilitados por enfermidade, por exemplo. Outra vez, em uma leitura inicial – que não considerasse adequadamente a dimensão formal do direito estudado neste artigo –, seria possível imaginar que o dispositivo institui um benefício às mulheres, talvez até para compensá-las pela dupla jornada de trabalho. Examinado, todavia, com a devida atenção e sob a premissa da igualdade perante a lei como regra geral entre mulheres e homens, a “vantagem” prevista pelo CC teria sua inadequação evidenciada, com relativa facilidade até.

Com efeito, mesmo se a suposta compensação das mulheres pela dupla jornada de trabalho fosse pertinente na regulação da tutela civil, teria, para fazer algum sentido, de se estender ao gênero feminino como um todo, e não apenas às mulheres casadas. A aplicação específica a estas parece expressar o intuito ou, ao menos, o simbolismo da norma em reiterar o estereótipo segundo o qual a função principal da mulher é ser servil ao marido. Sendo ela casada, fica, por força do referido art. 1.736 do CC, liberada do dever de tutela, a fim de bem atender aos propósitos domésticos para os quais supostamente se destina.

Complementando a exemplificação extraída do Código Civil, a análise da jurisprudência brasileira confirma a importância e a utilidade prag-

33 Apenas para que não haja dúvida: o critério de presunção de paternidade previsto no art. 1.597 do CC certamente não pode ser considerado apto a justificar a restrição à autonomia da mulher, prevista no ora comentado art. 1.523. Fosse esse o propósito da limitação matrimonial no caso, não passaria pelo crivo da proporcionalidade, senão já pelo subprincípio da adequação, certamente pelo subprincípio da necessidade.

mática de se defender e robustecer a dimensão formal da igualdade de gênero no país. Nesse sentido, merece destaque, seja porque oriunda do órgão de cúpula do Judiciário, seja porque ilustrativa de uma série de equívocos usuais na interpretação do art. 5º, I, da CF/1988, a decisão proferida pelo STF em 24.11.2014 no RE n. 658.312 (rel. Min. Dias Toffoli).

Esclarece-se, desde já, que o acórdão em questão restou invalidado por um vício processual, a saber: a falta de intimação de uma das partes quanto à data de julgamento do recurso. Mais recentemente, o próprio dispositivo legal avaliado pelo Supremo (art. 384 da CLT) e que concedia, apenas às mulheres, o “benefício” de descanso por 15 minutos entre a jornada ordinária e a extraordinária de trabalho foi revogado (art. 5º, I, *z*, da Lei n. 13.467/2017). Nada obstante, a manutenção em vigor do preceito até pouquíssimo tempo atrás e a prolação, também recente, de decisão pelo STF reconhecendo a sua constitucionalidade constituem dados alarmantes, aptos a endossar e exemplificar, conforme mencionado acima, a necessidade de valorização no Brasil da igualdade de gênero perante a lei.

Pontuam-se, nesse sentido, três falhas cometidas pelo STF no trajeto interpretativo do art. 384 da CLT à luz da Constituição. *Em primeiro lugar*, a Corte reconheceu três critérios legitimadores, *prima facie*, da concessão de tratamento diferenciado às mulheres (biológico, histórico e social), mas nenhum deles foi seriamente enfrentado. Tem-se a impressão, da leitura do acórdão, que as razões para diferenciação normativa entre mulheres e homens foram simplesmente assumidas como autoevidentes. Seria, nesse sentido, óbvio que as mulheres necessitam de maior descanso entre as jornadas de trabalho, seja porque mais fracas biologicamente, seja porque já sobrecarregadas com os usuais afazeres domésticos.

Acontece que juízes não são experts em Biologia, História e Sociologia. E a transformação dos elementos histórico, biológico e sociológico em cheque em branco na argumentação jurídica pode levar, como ocorreu no caso, à legitimação da diferenciação entre mulheres e homens sem o efetivo respaldo dessas outras ciências, como uma mera reprodução de estereótipos que a Constituição de 1988 quis combater. Não se nega, com isso, que em realidades de flagrante desigualdade, como a brasileira, a legitimação de tratamento diferenciado possa se dar com maior frequência, levando à construção de critérios jurídicos menos rígidos de desigualação. Mas critérios menos rígidos não são nem podem ser critérios comple-

tamente vazios, que invertam a lógica básica do princípio da igualdade, como ocorrido no RE n. 658.312.

Em segundo lugar, o Tribunal tratou a diferenciação legal entre mulheres e homens como algo tolerável diante da impossibilidade de o Judiciário estender o benefício de 15 minutos de descanso intrajornada aos homens. Citou, nesse sentido, o enunciado 339 de sua súmula, que veda a extensão de vencimentos com base no princípio da igualdade. Ocorre, no entanto, que certas manifestações da igualdade – como a igualdade de gênero – são mais relevantes do que outras e se aproximam do que se costuma denominar de núcleo essencial do direito fundamental³⁴, devendo, em virtude disso, ser tuteladas de maneira mais incisiva.

Uma categoria de servidores que não receba aumento de vencimentos concedido à outra, por exemplo, até pode se considerar discriminada. A discriminação sofrida na hipótese, contudo, não merece o mesmo grau de proteção do ordenamento jurídico daquela que uma mulher venha a sofrer, pelo simples fato de ser mulher, no mercado de trabalho. Levada ao extremo a lógica exposta no RE n. 658.312, teria de se admitir válida, também, lei que elevasse somente para os homens o salário mínimo para R\$ 2.000,00. Afinal, mesmo não havendo critério razoável de diferenciação entre o salário mínimo de homens e de mulheres, o salário superior obtido pelos primeiros representaria uma conquista a ser preservada, carecendo, por outro lado, legitimidade ao Judiciário para estender o benefício às mulheres.

Em terceiro e último lugar, em conexão com o equívoco interpretativo anterior, o STF considerou que o art. 384 da CLT seria uma conquista social; uma medida de proteção à saúde do trabalhador que não poderia ser excluída da esfera de direitos das mulheres, à luz da diretriz de vedação ao retrocesso social. Essa leitura do art. 384 da CLT ignora, todavia, a origem paternalista – e nada louvável – do dispositivo. Com efeito, o art. 384 era norma originária da CLT. Editado em 1943, visava desestimular o trabalho “extra-jornada” das mulheres, sobretudo para que estas pudessem priorizar suas funções privadas ou domésticas. Em tese, até seria possível realizar uma refundamentação do preceito, de

34 Vide: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Cap. III.

maneira a extirpar ou sanar seu paternalismo congênito, mas não houve um esforço minimamente adequado por parte do STF nesse sentido, tampouco se poderia afirmar, à época, que já tivesse ocorrido uma dissipação social do viés discriminatório inicial da norma. Ao contrário, conforme argumentado nos autos, o art. 384 da CLT era encarado pelas próprias trabalhadoras como uma regra ofensiva à sua autonomia e prejudicial à sua participação no mercado de trabalho.

Ainda assim, o exemplo judicial em questão, tal como os legislativos antes citados, constitui, em nosso entendimento, um “caso fácil” de igualdade perante a lei; isto é, um caso que poderia ser solucionado com a mera da internalização, pelos operadores do Direito, de uma regra geral de tratamento legal igualitário entre mulheres e homens. Mas há situações mais complexas, em que a dimensão ora analisada do direito se choca com outras vertentes da própria igualdade ou com padrões sociais e normativos mais enraizados.

O campo em que, possivelmente, maior dificuldade se coloca diz respeito às regras sobre maternidade e paternidade. Há todo um imaginário social em torno da figura da mãe, distinto daquele associado ao pai, que acaba por embasar diferenças significativas de tratamento jurídico entre mulheres e homens no cuidado de seus filhos e em outros aspectos de suas vidas. Não se nega, por óbvio, a existência de distinções naturais entre ser mãe e ser pai. Até onde a ciência sabe, porém, elas se limitam à gestação, à amamentação e a uma pré-disposição comportamental distinta nos primeiros meses após o nascimento da criança³⁵.

Do ponto de vista científico, portanto, não se pode afirmar que haja um impositivo e constante instinto materno, a determinar uma diferenciação significativa, durante toda a vida, do comportamento das mulheres, em comparação ao dos homens, diante de um filho ou filha³⁶. O que mulheres e homens fazem ou tendem a fazer em nossa sociedade é *criar, desenvolver* reações distintas diante da experiência parental. Não se trata, assim,

35 Entre muitos outros estudos nesse sentido, veja-se: (i) BADINTER, Elizabeth. *The Myth of Motherhood: a historical view of the maternal instinct*. Nova York: Souvenir Press, 1982; (ii) O'REILLY, Andrea. *Maternal Theory: Essential Readings*. Toronto: Demeter Press, 2007; (iii) DOUGLAS, Susan; MICHAELS, Meredith. *The mommy myth - The idealization of motherhood and how it has undermined all women*. Nova York: Free Press, 2005.

36 Cf. CHRISLER, J. C.; McHUGH, M. C. *Waves of Feminist Psychology in the United States: Politics and Perspectives*. In: RUTHERFORD, A., CAPDEVILA, R., UNDURTI, V.; PALMARY, I. (Orgs.) *Handbook of International Perspectives on Feminism*. Nova York: Springer, 2011, p. 37-54.

de um fenômeno inerente ou mesmo decorrente da biologia ou do sexo de cada indivíduo³⁷, mas que advém, isto sim, da observância de padrões sociais de comportamento, que são reforçados pelo Direito, quando, à luz da igualdade formal, poderiam e deveriam ser questionados^{38, 39}.

Nessa linha, mais até do que problematizar as premissas biológicas para diferenciação entre mães e pais, parece relevante reconhecer ao Direito o papel de valorização e indução social de experiências parentais mais plenas e igualitárias, em que os casais pudessem partilhar os prazeres e as dificuldades da criação de um filho ou uma filha. Haveria, assim, uma profunda transformação no modelo de licenças maternidade e paternidade adotado no Brasil⁴⁰, dissipando-se a aura quase sagrada em torno da experiência materna que tanto sobrecarrega diversas mulheres e, por outro lado, tanto prejudica os homens que desejam exercer a paternidade de maneira mais intensa.

2. IGUALDADE COMO REDISTRIBUIÇÃO

A dimensão redistributiva da igualdade de gênero foi a primeira a ser, historicamente, percebida como necessária para complementação da feição formal do aludido direito. Identificou-se, em síntese, que a desigual-

37 Adota-se aqui, por simplificação, o conceito ainda majoritário de sexo como algo biológico, orgânico ou natural, que distingue os seres humanos em categorias tradicionalmente denominadas “mulheres” e “homens”, mas que, hoje em dia, entendem-se melhor designadas como “pessoas do sexo feminino” (fêmeas) e “pessoas do sexo masculino” (machos). Sexo não seria, assim, sinônimo de gênero: enquanto o primeiro decorreria do órgão genital, dos hormônios e dos cromossomos (XX ou XY) de nascimento de um indivíduo, o segundo resultaria da valoração sociocultural dada a esses elementos. Para maiores considerações sobre o tema, veja-se: TELLES, Cristina. Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero. 2016. 290f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

38 Análises comparativas indicam que, na maioria dos países membros da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), os pais empregados despendem menos de metade do tempo que elas no cuidado com seus filhos e filhas (GORNICK, Janet C.; MEYERS, Marcia K. *The Real Utopias Project: Gender Equality – Transforming Family Divisions of Labor*. Londres: Verso, 2009, p. 10).

39 Tanto que casais homossexuais também assumiriam papéis cerebrais distintos, de “mãe” e de “pai”, haja vista a usual adoção, por cada membro da relação, de um padrão típico de comportamento, materno ou paterno (cf. pesquisa realizada pela Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos, noticiada, entre outros, em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/casais-gays-com-filhos-assumem-papeis-cerebrais-de-mae-pai-12615247>, último acesso em 10.06.2018).

40 O modelo brasileiro está bem longe do adequado. Não apenas para o atingimento da igualdade de gênero, mas para o próprio bem-estar da criança, deveria se adotar uma sistemática de licenças maternidade e paternidade mais próximas em termos de duração. Examinando a fundo as políticas adotadas em 6 países (Dinamarca, Finlândia, Noruega, Suécia, Bélgica e França), as autoras sugerem regimes em que os tempos totais de licença sejam somados e possam ser utilizados com alguma liberdade pelo casal, ressaltando-se, somente, um período inicial mínimo às mulheres e um período também mínimo exclusivo para os pais. (GORNICK, Janet C.; MEYERS, Marcia K. *The Real Utopias Project: Gender Equality – Transforming Family Divisions of Labor*. Londres: Verso, 2009, p. 18-26).

dade econômica funcionava, muitas vezes, como causa adicional ou até mesmo central para a subordinação e subvalorização das mulheres na sociedade. Não podendo trabalhar fora de casa e, assim, obter remuneração própria, ou fazendo-o por um salário diminuto, as mulheres dependiam dos pais ou maridos para subsistir. Para fugir de violações de direitos cometidas dentro de casa, teriam, então, de enfrentar, além do estigma socio-cultural, o risco da fome, da ausência de moradia, entre outros.

Com o passar do tempo e a conquista pelas mulheres – ao menos em países como o Brasil – do acesso formal à educação e ao mercado de trabalho de maneira geral⁴¹, a dimensão redistributiva da igualdade de gênero passou a ser encarada, sobretudo, como uma exigência de igual remuneração pelo trabalho prestado⁴², à qual se agregou, mais recentemente, a ideia de igual oportunidade de ascensão profissional^{43 44}. Debate-se, tam-

41 Isso não significa que não haja, ainda, empecilhos à ocupação efetiva do mercado de trabalho pelas mulheres. Em 2012, pelo menos de 5 em cada 10 mulheres da população economicamente ativa trabalhava ou procurava emprego. Na mesma situação, contudo, eram 7 em cada 10 homens. (Plano Nacional de Políticas para as Mulheres 2013-2015, p. 14) A geração “nem nem”, de jovens que não estudam nem trabalham, afetada significativamente pela crise econômica evidenciada em 2015, tem, nas meninas, suas principais representantes, sendo a gravidez precoce um dos elementos centrais a dificultar a formação e a inserção profissional dessas mulheres (cf. relatório elaborado pelo Banco Mundial, disponível em <http://www.worldbank.org/pt/news/feature/2018/03/17/brasil-estudio-jovenes-no-estudian-ni-trabajan-ninis-genero-pobreza>, último acesso em 10.06.2018).

42 Muitos fatores explicam a continuidade da menor participação das mulheres no mercado de trabalho e, enquanto não forem devidamente enfrentados, a economia continuará a funcionar como ferramenta de opressão de gênero e deixará de se beneficiar pelos ganhos que as mulheres poderiam trazer. Apenas a título de exemplo, há três desestímulos graves à inserção e à permanência das brasileiras no mercado de trabalho: (i) mulheres recebem menos pelo mesmo serviço prestado – a estimativa é que ganhem 73,8% dos rendimentos dos homens para as mesmas funções; (ii) as profissões por elas tradicionalmente exercidas são menos valorizadas, política, social e economicamente – 17% das mulheres economicamente ativas são empregadas domésticas e, dentre estas, a maioria não possui sequer registro em carteira de trabalho; e (iii) mulheres assumem mais tarefas domésticas, que as impedem muitas vezes de permanecer ou avançar no mercado de trabalho – a média de tempo gasto em atividades domésticas pelas brasileiras é de 24 horas por semana, bem superior às menos de 10 horas semanais estimadas para os homens brasileiros (Informações obtidas no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres 2013-2015, p. 14.).

43 Veja-se, nesse sentido, matéria divulgada na revista *The Economist*, disponível em <http://www.economist.com/blogs/freeexchange/2015/11/women-workplace>, disponível em 10.06.2018.

44 “[A] maioria dos trabalhos ‘exigem que a pessoa, neutra quanto ao gênero, que esteja qualificada para eles seja alguém que não é o guardião primário de uma criança em idade pré-escolar (MacKinnon, 1987:37). Dado que ainda se espera que as mulheres tomem conta dos filhos em nossa sociedade, os homens tenderão a se sair melhor do que as mulheres ao competir por tais trabalhos. Isso não acontece porque haja discriminação contra as mulheres candidatas. Os empregadores podem não dar atenção ao gênero dos candidatos ou podem, na verdade, desejar contratar mais mulheres. O problema é que muitas mulheres carecem de qualificação relevante para o trabalho – isto é, serem livres de responsabilidades pelo cuidado dos filhos. Há neutralidade quanto ao gênero no fato de que os empregadores não atentam para o gênero dos candidatos, mas não há igualdade sexual, pois o trabalho foi definido sob o pressuposto de que seria preenchido por homens que tivessem mulheres em casa, cuidando dos filhos. [...] [O] dia no processo de levar em conta o sexo foi o dia em que as funções do cargo foram estruturadas com a expectativa de que seu ocupante não teria responsabilidades pelo cuidado dos filhos’ (MacKinnon, 1987:37). [...] O resultado é não apenas que as posições mais valorizadas da sociedade são ocupadas por homens, enquanto as mulheres encontram-se desproporcionalmente concentradas no trabalho de meio período e com salário mais baixo, mas também que muitas mulheres tornam-se economicamente dependentes dos homens. [...] As consequências desta dependência tornaram-se mais evidentes com o aumento da taxa de divórcios. [...] Na Califórnia, o padrão de vida médio dos homens

bém, cada vez mais, a lógica de não remuneração do serviço doméstico (*lato sensu*) prestado em âmbito familiar, sugerindo-se, nesse sentido, a criação de modelos em que o Estado e, por conseguinte, a sociedade pague pelo tempo despendido por determinada pessoa cuidando de crianças e idosos, ainda que da própria família⁴⁵.

Somam-se a tais questões – centrais no contexto norte-americano e europeu – algumas outras de especial urgência e relevância no Brasil e que serão, por isso mesmo, analisadas a seguir com profundidade um pouco maior. É o caso, *em primeiro lugar*, da desvalorização do serviço doméstico não familiar, que, nada obstante remunerado e bastante utilizado no país, situa-se, ainda hoje, em uma espécie de gueto trabalhista, especialmente discriminatório e violador de direitos das mulheres negras.

Como se sabe, cem anos após o fim da escravidão, a Constituição de 1988 – em cláusula sintomática da nossa desigualdade de gênero e de raça – deixou de estender aos trabalhadores domésticos uma série de direitos trabalhistas (art. 7º, parágrafo único). Foram necessários mais de 20 anos para que, com a aprovação da Emenda Constitucional n. 72/2013, finalmente garantias como a jornada máxima de 8 horas de trabalho por dia, o repouso semanal remunerado, o pagamento de horas “extras” e as férias anuais remuneradas fossem asseguradas a eles – ou melhor, a elas, já que estamos a tratar de um grupo eminentemente feminino e negro⁴⁶.

Ainda assim, as senzalas contemporâneas, atenuadas como sejam, não deixaram de existir nas casas brasileiras. Há, ainda hoje, grande resistência à mudança de paradigma no tratamento das trabalhadoras domés-

sobre 42 por cento depois do divórcio, o das mulheres cai 73 por cento e resultados similares foram encontrados em outros estados (Okin, 1989b: 161) [...]” (KYMLINCA, Will. *Filosofia Política Contemporânea – Uma introdução*. Trad. Luís Carlos Borges. Rev. de trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 308-9).

45 Em que pese ter sido incorporado como algo sem mais valia, o trabalho doméstico nunca foi indiferente para a economia capitalista. Ao contrário, ele teve um papel histórico fundamental no processo de industrialização econômica, tendo possibilitado que os homens trabalhassem por períodos maiores de tempo nas fábricas, bem como levado as próprias mulheres a encararem uma dupla jornada de serviços, útil ao sistema. A ausência de remuneração das tarefas domésticas, seja de cuidados com o lar ou com as pessoas da família, possibilitou, ademais, que o capitalismo demandasse menor giro de dinheiro para funcionar – o que foi importante em determinados momentos e pode ter, ainda hoje, utilidade econômica. Nesse sentido, destaca-se que, em 1993, por exemplo, a economia realizada por uma família dos Estados Unidos ao não pagar pelos serviços feitos pela mãe, “dona de casa”, era de aproximadamente US\$ 50.000 por ano (FREEDMAN, FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002, cap. 7).

46 Em 2011, estima-se que houvesse no país 6,6 milhões de trabalhadores domésticos, sendo 92,6% desse total mulheres e, entre estas, 61% fossem negras (cf. estudo “O Emprego Doméstico no Brasil”, disponível em <http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2013/estPesq68empregoDomestico.pdf>, divulgado em agosto de 2013, último acesso em 10.06.2018).

ticas e, o que é ainda pior, uma resistência promovida, em grande medida, pelas próprias mulheres que as contratam – em geral, brancas e de classe média e alta. A oposição entre empregadas e “patroas” evidencia, para além do racismo e classismo brasileiros, o caráter estrutural da própria desigualdade de gênero e os equívocos de se pensar em soluções parciais a um problema que é de todas elas. Afinal, se é certo que inúmeras “patroas” conseguiram emancipar-se à custa da manutenção das empregadas domésticas em posições de subvalorização econômica⁴⁷, é igualmente certo que não conseguiram, e jamais conseguirão, atingir igualdade em relação aos homens enquanto não enfrentarem a lógica econômica de desprestígio e femininização do trabalho doméstico em sentido amplo⁴⁸.

Em segundo lugar, como questão especialmente relevante no Brasil a ser enfrentada a partir da faceta redistributiva da igualdade de gênero, tem-se o que se poderia designar, genericamente, de falhas de política orçamentária. Em suma, a alocação e a execução do orçamento no país ocorrem de modo não equitativo, contribuindo para a manutenção da disparidade socioeconômica entre mulheres e homens⁴⁹. Agravando o quadro, o orçamento em si não é um tema que desperta, ainda, a devida atenção na sociedade brasileira, ficando a cargo, quase que exclusivamente, de instituições e atores políticos majoritariamente masculinos.

Como contraponto a essa realidade, entende-se que o ideal normativo na matéria, a ser perseguido à luz do art. 5º, I, da CF/1988, seria de estabelecimento e execução orçamentários voltados a mitigar ou, ao menos, a não aumentar a desigualdade econômica entre mulheres e homens⁵⁰.

47 “Uma das explicações para a ausência de um verdadeiro combate nos discursos feministas pela defesa das trabalhadoras domésticas é que a emancipação da mulher de classe média e classe média-alta dependia da contratação de uma outra mulher para assumir o governo e o cuidado da casa. Nem sempre essa classe média esteve disponível para renegociar formas de exploração, até porque os seus recursos eram escassos e, em contraponto, muito altas (e legítimas) as aspirações de mobilidade social. [...] Para que não se tornem seres fantasmáticos, é imperativo conferir às trabalhadoras domésticas o direito à existência e à história, escavado na memória e no cotidiano mais próximo” (BRASÃO, Inês. Da porta para dentro – Servilismo doméstico é uma dominação oculta, que subjuga e desumaniza a mulher. *Revista de História da Biblioteca Nacional*, Rio de Janeiro, ano 10, n. 113, p. 46-49, fev./2015, p. 48).

48 “Tanto no trabalho como na educação, os progressos das mulheres não devem fazer esquecer os avanços correspondentes dos homens, que fazem com que, numa corrida de obstáculos, a estrutura das distâncias se mantenha. O exemplo mais surpreendente desta permanência na (e pela) mudança é o facto de os postos de trabalho que se feminizam estarem já desvalorizados (os operários especializados são na sua maioria mulheres ou imigrantes), ou em declínio, sendo a sua desvalorização redobrada, por um efeito de bola de neve, em consequência da deserção dos homens que essa feminização ajudou a provocar” (BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Trad. Julia Ferreira. Lisboa: Relógio D’Água, 2013, p. 111).

49 Cf. ELSON, Diane. Iniciativas orçamentárias sensíveis ao gênero: dimensões chave e exemplos práticos. *Revista do Serviço Público*: Brasília, v. 56 (2), abr./jun. 2005, p. 161-179.

50 Cf. GOETZ, A. M. *Gender and accountability*. In: DROBOWOLSKY, A.; HART, V. (Org.). *Women making Constitutions*:

Nesse sentido, deveria se atentar para que a política orçamentária (i) não esvaziasse as medidas destinadas especificamente à tutela de direitos das mulheres; e, (ii) em contextos de crise, não as atingisse desproporcionalmente. Para tanto, deveriam ser examinadas as receitas e despesas diretas e especificamente vinculadas às mulheres, mas também investigadas, transversalmente, diversas outras, perquirindo-se se e como afetam a igualdade de gênero⁵¹.

Em *terceiro e último lugar*, a igualdade em seu viés redistributivo demanda, no Brasil, o combate à chamada “feminização da pobreza”. Originária da década de 1970, a expressão alude a um processo em que “*as carências implícitas no conceito de pobreza se tornam mais comuns ou intensas entre as mulheres ou nos lares por elas chefiadas*”⁵². Remete, assim, a um conjunto de fatores que leva mulheres (e famílias por elas chefiadas) a tornarem-se mais pobres do que homens ao longo do tempo ou que tenham sua esfera de direitos mais afetada em decorrência da queda nas condições econômicas de vida.

Com a crise internacional de 2008, o tema reassumiu posição de destaque na esfera global⁵³. No Brasil, contudo, parece ainda não ter recebido atenção proporcional à gravidade com que apresenta. Como se sabe, a economia do país experimentou, há relativamente pouco tempo, uma das maiores retrações da sua história⁵⁴, e diversas propostas apresentadas para reverter o quadro comprovaram o elevado risco de vulnerabilização das mulheres, que já vêm ocupando desproporcionalmente a maior parte da faixa de trabalhadores desempregados no país⁵⁵.

New Politics and Comparative Perspectives. Nova York: Palgrave Macmillan Publishers, 2003. p. 52-67.

51 Para exemplificar as análises orçamentárias aqui sugeridas, poderia se cogitar de (i) preocupações específicas com a alocação de verbas em políticas públicas destinadas à saúde da gestante; (ii) cautelas para que cortes nos gastos com segurança pública não recaíssem mais acentuada e injustificadamente sobre programas de combate à violência doméstica; e (iii) estudos sobre o impacto de medidas de ampliação da oferta de ensino público integral de nível básico na empregabilidade das mães dos alunos; ou sobre a tributação de bens e serviços consumidos majoritariamente por mulheres.

52 Vide, entre outros, a definição exposta no site do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), disponível em <http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=1301>, último acesso em 10.06.2018.

53 Cf. ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Discriminación y violencia contra la mujer – Una cuestión de género*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 264-9.

54 A retração foi de 3,8% do PIB nacional, conforme noticiado, entre outros, pelo jornal Valor Econômico em 03.03.2016: <http://www.valor.com.br/brasil/4464366/pib-cai-38-em-2015-pior-retracao-desde-1990>, último acesso em 10.06.2018.

55 Cf. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada pelo IBGE, disponível em <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/pnadct/tabelas>, último acesso em 10.06.2018.

3. IGUALDADE COMO RECONHECIMENTO

Nos dizeres da filósofa Nancy Fraser, o reconhecimento proclama *“um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito”*⁵⁶. Com o intuito de transpor essa ideia para o campo da igualdade de gênero, passa-se a expor (a) algumas particularidades que tornam a desvalorização sociocultural das mulheres distinta, por exemplo, da sofrida por negros e homossexuais; e (b) uma proposta de classificação das políticas de reconhecimento conforme o tipo de falha em questão.

Iniciando-se pelas peculiaridades da desvalorização sociocultural sofrida pelas mulheres, ressalta-se que ela (a.i) não costuma ser percebida como tal e, por isso, (a.ii) tende a, mais do que qualquer outra, envolver as vítimas em uma posição paradoxal de agentes da própria discriminação, (a.iii) dificultando a, por vezes, estratégica oposição delas aos beneficiados pelo modelo sociocultural vigente – *i.e.*, aos homens.

Com efeito, as falhas de reconhecimento sofridas pelas mulheres decorrem, em geral, da atribuição a elas de um papel social distinto daquele estabelecido para os homens. Essa distinção de papéis, por sua vez, é associada a diferenças biológicas entre os sexos ou a desígnios divinos, e – este é o ponto central – não costuma ser percebida como um desvalor. Não se identifica, propriamente, inferiorização, mas o exercício de uma missão social diferente, que seria tão ou mais importante do que a dos homens. Mesmo quando se afirma a superioridade masculina em algum campo ou para alguma tarefa, notadamente na esfera pública, tende a se minimizar a relevância do fato com a alegação de que há, também, campos e tarefas – usualmente ligados à esfera privada – em que a superioridade seria feminina. E, dessa forma, os dois gêneros partilhariam de prestígio social, sendo partes complementares e igualmente vitais da sociedade.

Da circunstância de as falhas de reconhecimento contra as mulheres por vezes não serem fruto de um discurso expresso de desvalorização sociocultural, ficando escamoteadas em falas e práticas aparentemente apreciadoras da “feminilidade”, decorrem as outras duas particularidades acima mencionadas. Há, nesse sentido, uma incidência maior de falhas

56 Cf. FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça. Trad. Bruno Ribeiro Guedes e Leticia de Campos Velho Martel. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167.

de reconhecimento cometidas pelas próprias vítimas⁵⁷, ou seja, são, em grande medida, as próprias mulheres quem reproduzem e alimentam as referidas falhas, exigindo, cada qual de si própria e das demais mulheres, o cumprimento de estereótipos femininos que lhes são impostos. E isso ocorre de maneira quase inconsciente, sem queixas imediatas, inclusive porque as mulheres acabam aprendendo a vivenciar o papel social feminino, em algum grau, com felicidade e prazer⁵⁸.

Correlacionando-se à paradoxal posição das mulheres no sistema de desvalorização sociocultural que as oprime, a figura dos homens nesse mesmo sistema mostra-se, também, contraditória. Se os negros têm “inimigos” dos quais, em geral, podem se desvencilhar estrategicamente nas lutas por reconhecimento, os homossexuais já lidam com isso de maneira mais complicada, uma vez que são, com frequência, os próprios pais que os oprimem. No caso das mulheres, todavia, a proximidade com o “inimigo” costuma ser potencializada de tal forma que praticamente inviabiliza uma oposição estratégica em relação aos homens – a qual poderia, no entanto, ser proveitosa em determinadas circunstâncias ou estratégias políticas.

Passando, então, à proposta de classificação das políticas públicas de reconhecimento em matéria de gênero, sugere-se, didaticamente, sua divisão em três grandes grupos: (b.i) políticas de respeito às diferenças biológicas, (b.ii) políticas de respeito às diferenças socioculturais, e (b.iii) políticas de nomeação e combate à discriminação.

As políticas de *respeito às diferenças biológicas* das mulheres procuram evitar ou combater a transformação de distinções naturais em instrumentos de marginalização ou inferiorização social. Em outras palavras, procu-

57 Sobre o tema, veja-se a observação de Pierre Bourdieu: “[M]ais surpreendente é ainda que a ordem estabelecida, com as suas relações de dominação, com os seus direitos e os seus atropelos, com os seus privilégios e as suas injustiças, se perpetue infinitamente com tanta facilidade [...] Encarei sempre a dominação masculina, e o modo como ela é imposta e suportada, como o melhor exemplo dessa submissão paradoxal, resultante daquilo a que chamo a violência simbólica, violência suave, insensível e invisível para as suas próprias vítimas que, no essencial, se exerce pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento ou, mais concretamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento” (BOURDIEU, Pierre. A Dominação Masculina. Trad. Julia Ferreira. Lisboa: Relógio D'Água, 2013, p. 13-4)

58 O gênero não traz apenas experiências ruins. Há muitas mulheres que, verdadeiramente, gostam de passar a maior parte de seus dias cuidando do lar e de seus familiares, que apreciam quando os homens abrem a porta do carro para elas, ou que se sentem bem cumprindo rituais de beleza. Como afirmou Stuart Mill, “as mulheres não são criadas apenas para servirem aos homens, mas para desejarem servi-los”; e assim se dá. (MILL, Stuart. *The Subjection of Women*. 1869, disponível em <http://www.constitution.org/jsm/women.htm>, último acesso em 10.06.2018).

ram garantir que as diferenças biológicas das mulheres possam ser por elas vividas sem qualquer tipo de vulnerabilização de status social. Seria o caso, por exemplo, de ações voltadas à saúde da gestante e o direito ao aborto.

Como as diferenças biológicas entre mulheres e homens são de caráter contínuo e permanente, os remédios adotados para lidar com sua possível incorporação social atentatória aos direitos das mulheres são, também, de uso possivelmente contínuo e permanente. Constituem políticas públicas sem data certa para terminar, que podem se revelar sempre necessárias.

Já as aqui denominadas políticas de *respeito às diferenças socioculturais* visam evitar que tais diferenças, enquanto ainda se impuserem, levem a uma marginalização (ainda maior) das mulheres. A persistência, por exemplo, de um modelo sociocultural que demanda das mães responsabilidade quase integral pelos filhos em seus primeiros meses e anos de vida justifica a adoção, pelo Estado, de ações que permitam o cumprimento desse papel sem prejuízos adicionais ao status social das mulheres. Seria legítimo, sob essa ótica, o modelo brasileiro de licença parental, que confere prazo de afastamento remunerado do trabalho bem mais extenso às mães, em comparação ao assegurado aos pais.

Do mesmo modo, o modelo sociocultural que leva as mulheres a terem uma dupla jornada de trabalho legitimaria a adoção, pelo Estado, de medidas compensatórias, a fim de minimizar os danos pessoais, econômicos e sociopolíticos gerados às trabalhadoras por uma vida inteira de sobrecarga de trabalho. A garantia da aposentadoria em idade e com tempo de contribuição menores do que os exigidos para os homens seria um exemplo de política compensatória destinada a esse fim. Em uma última e mais extrema hipótese, o modelo sociocultural que coloca as mulheres como objeto sexual, contribuindo para a perpetuação do assédio em meios de transporte públicos, justificaria o estabelecimento de vagões de trem ou metrô segregados, voltados a garantir, em curto prazo, que elas possam exercer seu direito de locomoção sem tantos transtornos.

Se, por um lado, os exemplos acima tornam compreensível o segundo grupo de políticas de reconhecimento aqui delineado, por outro lado, ilustram uma grande dificuldade por elas suscitada: até que ponto a proteção dada às mulheres para minimizar os impactos de uma diferença

sociocultural que lhes é imposta não acaba por reiterar o próprio modelo originário, e geralmente injusto, de diferenciação? Até quando e sob quais condições deve-se respeitar uma diferença sociocultural em si discutível, a fim de mitigar os efeitos danosos que ela ocasiona em curto prazo?

Não parece haver resposta universal para essas questões. Apesar disso, há uma cautela básica que se pode considerar sempre devida: políticas de respeito a uma diferença sociocultural que seja de discutível legitimidade ou, até, sabidamente injusta devem se fazer acompanhar de ações educacionais que ataquem, diretamente, o modelo desigual de origem. Deve haver, portanto, em paralelo às políticas de reconhecimento do grupo ora analisado, campanhas que exponham o caráter duvidoso ou até mesmo equivocados da diferenciação social que está na raiz das medidas adotadas.

Assim, no caso dos prazos diferenciados de licença parental, por exemplo, é fundamental que o Estado se empenhe em adotar medidas que estimulem uma mudança no padrão sociocultural de assunção, quase que exclusiva, pelas mães da responsabilidade por cuidado dos filhos recém-nascidos. Igualmente, no que tange aos prazos diferenciados para aposentadoria, o Estado deve criar políticas que, por um lado, incentivem a participação dos homens nas tarefas domésticas; e, por outro, facilitem a atuação das mulheres, em igualdade de condições, no mercado de trabalho e na esfera política. Quanto ao assédio nos meios de transporte público, é preciso que haja campanhas educacionais sobre o tema e o estabelecimento de mecanismos efetivos de repressão, transmitindo-se a mensagem de que cabe aos homens não assediar – e não, propriamente, às mulheres, segregarem-se.

Em síntese, deve-se complementar a política de respeito às diferenças socioculturais das mulheres com medidas que exponham e combatam o modelo original e, possivelmente, injusto de diferenciação sociocultural. Com o passar do tempo, vindo a se verificar tal modelo está sendo, finalmente, superado pela sociedade, a política originalmente adotada poderia ser revogada⁵⁹.

59 Precisar o *timing* da revogação é, certamente, difícil. Uma revogação precipitada pode se mostrar pouco democrática. Por outro lado, a demora do Estado pode contribuir para a prorrogação excessiva do modelo injusto de diferenciação social; e, mais até, pode dar tempo para um rearranjo de forças conservadoras que impeçam a sua extinção.

Como terceiro e último grupo de políticas de reconhecimento, na divisão aqui proposta, haveria as ações de *nomeação e ao combate de práticas discriminatórias*, fundadas na desvalorização sociocultural das mulheres. Trata-se de um grupo de ações eminentemente repressivas, voltadas a falhas de valorização advindas da perpetuação de um modelo que, ao contrário do que se dá no segundo grupo aqui categorizado, já se revela sabidamente injusto e, mais até do que isso, intolerável. Por tal razão, as políticas ora abordadas são mais severas do que as anteriores: não buscam apenas proteger as mulheres de impactos negativos gerados por um estereótipo; demandam a qualificação ou nomeação da prática sociocultural como intolerável e ilícita⁶⁰, com a punição daqueles que a perpetuam.

A título ilustrativo, pode-se pensar nas hipóteses de violência doméstica e de abuso sexual. Existe um modelo sociocultural histórico que visualiza as mulheres como carne, como objeto sexual à disposição, sobretudo, mas não somente, de seus maridos. Esse modelo, felizmente, não é mais considerado tolerável ou compatível com a ordem de valores morais consagrada na CF/1988. Daí porque, para lidar com a desvalorização sociocultural por ele expressada, não se pode apenas minimizar os impactos sofridos pela mulher. É preciso qualificar-se a prática como discriminatória e reprimê-la diretamente, tal como, em outra frente, o tipo penal do feminicídio⁶¹ (art. 121, §2º, VI, do CP), recentemente incluído no Código Penal, fez.

60 Sobre a importância da nomeação de condutas discriminatórias, esclarecendo que se trata de medida que pode ocorrer, em uma escala cumulativa de efeitos, (i) para gerar o conhecimento da prática discriminatória, (ii) para simbolizar o seu combate pelo Estado, e (iii) para punir, veja-se: DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 114, p. 225-239, mai./jun. 2015.

61 Sobre o histórico da expressão “feminicídio”, leia-se: “O termo ‘femicídio’ (femicide) é atribuído a Diana Russel, pesquisadora feminista sul-africana que o teria criado na década de 1970 para falar do extremo letal do ‘continuum de terror antifeminino’. A geografia do termo remete ao Tribunal Internacional de Crimes Contra Mulheres, um tribunal popular organizado por militantes feministas em Bruxelas, em 1976, que queria tornar pública a variedade de crimes cometidos contra mulheres em diferentes países e culturas, fosse na forma de agressões diretas, fosse na de discriminações letais. Nesse marco, feminicídio não se reduziria a homicídio: é qualquer morte que decorra do gênero, seja na violência doméstica, seja na violência sexual anônima, no aborto clandestino, na mutilação genital, na mortalidade materna, no tráfico de mulheres. Na década de 1990, o termo foi apropriado para descrever o que se passa em Ciudad Juarez, no México, onde centenas de mulheres jovens e trabalhadoras têm desaparecido, sido violentadas, torturadas e assassinadas sem que as autoridades respondam ao terror – nem protegendo, nem punindo. A antropóloga e deputada mexicana Marcela Lagarde considerou que feminicídio, homólogo de homicídio, seria insuficiente; apenas arranhava a neutralidade da vitimação para a lei penal. Preferiu ‘feminicídio’, que poderia perturbar o regime da nomenclatura: designaria o conjunto de violações a direitos humanos das mulheres e denunciaria o Estado desprotetor, omissor, negligente ou cúmplice. A disputa quanto à sinonímia entre feminicídio e femicídio segue atual” (Idem).

4. IGUALDADE COMO REPRESENTAÇÃO

Em praticamente todos os países do mundo⁶², mesmo naqueles em que o direito de votar e ser votada já foi há muito assegurado às mulheres, a participação efetiva destas na esfera política não é sequer próxima à representatividade que possuem na população. Estatísticas apuradas em 2013 pela União Interparlamentar indicam que homens são 79,1% dos membros dos parlamentos em todo o mundo⁶³. Entre primeiros-ministros, a predominância masculina é ainda maior: em 2012, eram apenas 4 mulheres (Noruega, Suécia, Finlândia e Islândia)⁶⁴.

No Judiciário, embora a presença feminina tenha aumentado nos últimos anos em diversos países, persiste a sub-representação em tribunais superiores e cargos de maior poder⁶⁵. Quadro semelhante é encontrado em ambientes não estatais de poder, como grandes empresas que, por vezes, possuem base profissional já igualitária em termos de gênero, mas ainda são, em suas hierarquias gerenciais e cúpulas diretivas, comandadas quase que inteiramente por homens⁶⁶.

62 A única exceção é Ruanda, em que, desde 2008, as mulheres ocupam mais da metade das vagas na Câmara dos Deputados (cf. MACKINNON, Catharine. *Gender in Constitutions*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Nova York: Oxford University Press, 2013, p. 410). Nas últimas eleições, ocorridas em 2013, os percentuais alcançados foram de 64% de mulheres na Câmara dos Deputados e de 40% no Senado, totalizando uma média de 58% no Parlamento (cf. <http://allafrica.com/stories/201309190110.html>, último acesso em 10.06.2018)

63 Cf. CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global. Compreendendo o gênero – da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo*. Trad.: Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015, p. 31. No mesmo sentido, é a estatística apurada pelo *Quota Project*, elaborado e mantido por organizações intergovernamentais com apoio da Universidade de Estocolmo. Disponível em <http://www.quotaproject.org>, último acesso em 10.06.2018.

64 Op. cit., p. 31.

65 Vide relatório da OCDE, divulgado em março de 2017, disponível em <http://oecdinsights.org/2017/03/10/gender-responsive-and-diverse-justice-systems/>, último acesso em 10.06.2018.

66 A título ilustrativo, vale registrar que, entre as quinhentas maiores empresas do mundo, listadas na “edição Global 500” da revista Fortune em 2013, somente 22 tinham uma mulher como CEO. Em levantamento mais recente, apurouse que as mulheres seriam apenas 4,4% das mais poderosas lideranças de negócios no mundo (CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global. Compreendendo o gênero – da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo*. Trad.: Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015, p. 32). Esse cenário, aliado a um contexto global de diminuição do tamanho do Estado, de crescimento do espaço de atuação dos agentes econômicos, e de emergência de novos atores políticos, tem ensejado a defesa da adoção de ações afirmativas junto a determinadas organizações privadas, notadamente grandes empresas que atuem em setores de significativa importância econômica ou social. Há, nesse sentido, projeto de lei em curso no Parlamento europeu, segundo o qual 40% dos assentos disponíveis nos conselhos de administração de companhias de capital aberto teriam de ser reservados a mulheres (disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20131118IPR25532/html/40-of-seats-on-company-boards-for-women>, último acesso em 10.06.2018). Paralelamente, e sem que haja propriamente imposição estatal, organizações privadas têm, por iniciativa própria, estabelecido, em âmbito interno, regras para reserva de vagas de seus órgãos deliberativos e/ou de administração. A ONU estabeleceu programa nesse sentido; e, no Brasil, a título de exemplo, algumas seccionais da OAB firmaram compromisso para aumento do número de mulheres em suas comissões e postos de direção (<http://www.oab.org.br/noticia/27775/oab-aprova-a-unanimidade-cota-de-30-de-mulheres-em-chapas-internas>, último acesso em 10.06.2018).

Esses e outros dados exemplificativos da desigualdade de gênero na ocupação de postos de poder suscitam questões de duas ordens centrais: (i) por que essa representação desigual existe; e (ii) por que a sua existência deve ser considerada um problema. Em outras palavras, o que leva, descritivamente, as mulheres a ocuparem menos cargos de poder? E por que, prescritivamente, deve se defender a reversão desse cenário?

Não haverá espaço, aqui, para aprofundamento da matéria, mas, em termos resumidos, pode-se dizer, quanto à primeira questão, que as mulheres não conseguem disputar mais e maiores espaços de poder porque há falhas estruturais de redistribuição e de reconhecimento que as prejudicam – falhas que abalam o desenvolvimento e a manutenção do próprio interesse prático das mulheres pelos postos de poder de maneira geral, além de minarem suas chances de êxito na disputa política (eleitoral ou não). Sendo assim, em grande medida, o incremento da representação feminina passa pela reversão dessas falhas estruturais, relacionadas a dimensões próprias da igualdade de gênero.

Acontece, porém, que não há perspectiva de resolução célere dos mencionados problemas de redistribuição e reconhecimento; e mais, parece inviável obter-se tal reversão sem a atuação das próprias mulheres em cargos decisórios. Existe, portanto, um círculo vicioso extremamente limitador da igualdade de gênero, em que problemas de redistribuição e de reconhecimento dificultam a participação das mulheres em cargos de poder, e essa sub-representação feminina contribui para a não adoção das medidas, estatais ou sociais, necessárias para reversão do presente quadro de falhas estruturais.

Nesse sentido, já adentrando na segunda grande questão mencionada no início deste capítulo, destaca-se que diversos estudos têm demonstrado, empiricamente, a correlação entre a presença de mulheres em cargos de poder e o desenvolvimento de ações voltadas ao combate à desigualdade de gênero⁶⁷, além de ganhos de diversas outras naturezas. Es-

67 Com efeito, a Dinamarca é o único país do mundo em que se obtiveram avanços significativos na promoção da igualdade de gênero por meio de medidas que não envolviam ações afirmativas para incremento direto e imediato da quantidade de mulheres na política ordinária. Os demais países europeus, notadamente os escandinavos, conhecidos por serem os que mais se aproximaram, até hoje, da igualdade entre mulheres e homens, adotaram cotas para promover o aumento, em curto prazo, da participação política feminina (e.g., Suécia) (IRVING, Helen. *Gender and the Constitution – Equality and agency in Comparative Constitutional Design*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 119).

ses resultados práticos positivos são corroborados, ainda, por teorias que explicam como e por que a presença de mulheres – mesmo quando não diretamente ligadas a causas feministas – aprimoraria a tutela à igualdade de gênero⁶⁸ e a qualidade democrática de modo geral⁶⁹.

Em especial, as denominadas “teorias da perspectiva”, originadas no campo da Psicologia, ajudam a compreender como a história, os valores e os preconceitos dos agentes sociais influenciam as investigações, os argumentos e as decisões por eles tomadas⁷⁰. O que se sabe sobre um tema depende, em grande parte, do ponto de vista em que se está situado. Assim, os representantes de determinada visão de mundo, ou de determinado lugar de fala – para empregar a expressão difundida nos últimos anos –, por mais bem-intencionados que estejam, dificilmente conseguem representar adequadamente os interesses de pessoas que partem de outra perspectiva social; teriam uma dificuldade (quase) irrevogável de perceber quais são esses interesses e não deturpá-los no processo de incorporação às suas próprias manifestações.

Naturalmente, críticas podem ser feitas às teorias da perspectiva. Há quem alegue, por exemplo, que elas subjetivam e polarizam excessivamente as ciências, a política e a sociedade de modo geral. Como contra-argumento, porém, pode-se sustentar que o subjetivismo e a parcialidade enfatizados por tais teorias são inevitáveis. Apontá-los apenas em manifestações que procuram questionar o *status quo* seria, portanto, uma tentativa de manter a dominação exercida pelos representantes da perspectiva social dominante.

Em termos mais persuasivos, a partir de meados dos anos 1990, segmentos do próprio feminismo passaram a questionar que as teorias da

68 PASCUAL, Alejandra. Dominação masculina e desigualdade de gênero nas relações de trabalho: problemas, desafios atuais e políticas de cotas para mulheres. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *Δ Eficácia Nacional e Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 11.

69 Na Índia e na África do Sul, por exemplo, a adoção de medidas que promoveram a participação de um quantitativo mínimo de mulheres em órgãos políticos locais costuma ser atrelada à melhoria das condições de saneamento básico. Isso porque, embora fosse um problema de todos, gerando doenças e mortes, inclusive, a falta de saneamento adequado era bem mais visível ou importante cotidianamente para as mulheres, por serem elas tradicionalmente encarregadas das tarefas domésticas que demandavam a coleta quase que diária de água limpa, muitas vezes a quilômetros distancia de suas residências (WILLIAMS, Susan H., “Equality, Representation, and Challenge to Hierarchy: Justifying Electoral Quotas for Women”. In: WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality - Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 62-63).

70 A análise das teorias da perspectiva a seguir apresentada tomou como referência principal o seguinte trabalho: CHRISLER, Joan C.; McHUGH, Maureen C. *Waves of Feminist Psychology in the United States: Politics and Perspectives*. In: RUTHERFORD, Alexandra, et al. (Orgs.). *Handbook of International Perspectives on Feminism*. Nova York: Springer, 2011, p. 37-54.

perspectiva trabalharia, em geral, com visões demasiadamente uniformizadoras de grupos heterogêneos, como o próprio grupo das mulheres. Em vista disso, sob o rótulo da “perspectiva feminina”, estariam sendo defendidas causas muitas vezes direcionadas a apenas parte das mulheres – usualmente, a parte menos discriminada, formada por mulheres brancas, de classe média e alta, heterossexuais e cisgênero.

Seja como for, o que se deseja acentuar neste artigo é o relevante papel que as teorias da perspectiva – mesmo com suas falhas – exerceram para quebrar a ideia de perfeição e neutralidade do regime democrático tal como vinha sendo praticado e defendido desde o final da Segunda Guerra Mundial pelo menos. Elas foram fundamentais para consolidar a preocupação, atualmente acolhida por diversos organismos internacionais⁷¹ e ordenamentos jurídicos estatais, com a quantidade de mulheres efetivamente atuantes na política ordinária, indicando a insuficiência da garantia do direito ao sufrágio para fins de promoção da igualdade de gênero.

Nesse sentido, destaca-se que as cotas para participação de mulheres no Poder Legislativo ganharam o mundo⁷², estando presentes em pelo menos 104 países⁷³. Os modelos adotados são, contudo, bastante diferentes entre si. Em um esforço de sistematização, poderiam ser classificadas como: (i) constitucionais, legais ou meramente estatutárias⁷⁴; (ii) aplicáveis às pré-candidaturas (*aspirant quotas*), às candidaturas (*candidate quotas*)⁷⁵ ou

71 Além dos atos já citados nesta dissertação, vale mencionar a Resolução nº 1325 do Conselho de Segurança da ONU.

72 Em 2006, 50% dos países democráticos, 47% dos semi-democráticos e 38% dos não-democráticos adotavam alguma política de cotas de gênero para eleições políticas (DRUDE, Dahlerup; FREIDENVALL, Lenita Freidenvall. “Gender Quotas in Politics – A Constitutional Challenge” In. WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality - Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 39).

73 Cf. MACKINNON, Catharine. *Gender in Constitutions*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Nova York: Oxford University Press, 2013, p. 410.

74 Conforme o levantamento feito pela autora, cerca de 104 países adotariam algum sistema de cotas para incentivar a participação de mulheres na política (Op. cit, p. 118), sendo que 40 deles teriam garantia constitucional nesse sentido. Cruzando-se tal dado com o apurado por Helen Irving, chega-se ao número estimado de 64 países que teriam política de cotas prevista exclusivamente em lei ou outro ato infraconstitucional. Por fim, contratando o dado com a pesquisa de Drude Dahlerup e Lenita Freidenvall, conclui-se que, em 50 desses 64 países, o sistema de cotas seria originário de estatutos de partidos políticos (DRUDE, Dahlerup; FREIDENVALL, Lenita Freidenvall. *Gender Quotas in Politics – A Constitutional Challenge*. In. WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality - Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 29. Por fim, destaca-se que, segundo os últimos autores, o modelo estatutário prevaleceria nos países democráticos, sendo mais comum o modelo constitucional ou o legal nos países semi-democráticos. (Op. cit., p. 40).

75 Cerca de 50 países teriam cotas aplicáveis aos partidos políticos, na definição de suas pré-candidaturas ou candidaturas (IRVING, Helen. *Gender and the Constitution – Equality and agency in Comparative Constitutional Design*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 119).

à efetiva ocupação dos cargos (*reserved seats*)⁷⁶; (iii) prescritivas ou permisivas⁷⁷; (iv) transitórias ou permanentes. São, ademais, fortemente influenciadas pelo sistema eleitoral adotado em cada país e costumam seguir percentual de 30% a 40%, visando, assim, ao atingimento, pelo menos, de uma “minoría decisiva” de mulheres na política⁷⁸.

De toda forma, como era de se esperar diante de tantas variáveis, o desempenho do sistema de cotas na efetiva promoção da participação feminina no Legislativo tem sido bastante distinto em cada país. Novamente em um esforço de síntese, pode-se afirmar que os principais motivos para um desempenho fraco ou acanhado da política de cotas têm sido: (i) a não observância pelos partidos políticos, aliada à inexistente ou baixa sindicabilidade judicial das mesmas⁷⁹ – problema que teria se observado com muita força no Brasil até as últimas eleições; (ii) o sistema majoritário de eleição⁸⁰ – adotado entre nós para as eleições para o Senado; (iii) a ausência de regras que vinculem, no sistema proporcional de lista fechada, a ordenação dos candidatos pelos partidos políticos⁸¹ – o que não se aplica, ao menos por enquanto, ao Brasil, que segue o modelo de lista aberta; e (iv) manipulação, por outros modos, das cotas pelas lideranças partidárias – no Brasil, é comum a indicação de candidatas de fachada, selecionadas pelo partido apenas para cumprirem a exigência legal e que chegam, algumas vezes, a desistir da candidatura logo após o registro, numa tentativa do partido de legitimar a posterior ocupação por um homem.

76 Uma tendência nesse tipo de sistema de cotas é a realização de eleições apartadas para os cargos reservados, em que a disputa se trava exclusivamente entre mulheres, como vem ocorrendo em Ruanda, Marrocos e Uganda.

77 Em geral, as cotas previstas apenas em estatutos de partidos políticos, mesmo quando estabelecidas como obrigatórias, são de mais difícil imposição judicial, adquirindo, na prática, contornos de simples recomendação.

78 Cf. PASCUAL, Alejandra. Dominação masculina e desigualdade de gênero nas relações de trabalho: problemas, desafios atuais e políticas de cotas para mulheres. In: LOPEZ, Ana Maria D’Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). *Δ Eficácia Nacional e Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 11.

79 Cf. IRVING, Helen. *Gender and the Constitution – Equality and agency in Comparative Constitutional Design*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 120.

80 Estudos de Direito Constitucional Comparado indicam que a adoção do sistema proporcional é, por si só – ou seja, independentemente de haver conjugação ou não com ações afirmativas –, mais propenso à eleição de mulheres. Nessa esteira, assinala-se que, em média, países com sistema proporcional para definição dos cargos do Poder Legislativo têm 19,6% deles ocupados por mulheres, ao passo que países de sistema majoritário atingiriam representação feminina de 10,5%, e aqueles que seguem sistemas mistos, como o Brasil, elegeriam, também em média, 13,6% de mulheres para o Legislativo (DRUDE, Dahlerup; FREIDENVALL, Lenita Freidenvall. *Gender Quotas in Politics – A Constitutional Challenge*. In: WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality - Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 30).

81 Op. cit., p. 37.

Em vista da conjugação de uma série de fatores acima destacados, no Brasil, em que pese haver, desde 1995, regras visando facilitar a candidatura de mulheres a cargos legislativos, ainda hoje, os percentuais mínimos previstos em lei não são cumpridos⁸². E, quando se encaram os resultados eleitorais, a discrepância entre mulheres e homens mostra-se ainda maior⁸³.

Analisando-se, por sua vez, o Poder Executivo, em termos globais, a participação feminina também se mantém aquém do que seria esperado sob a ótica da igualdade de gênero. Nada obstante, por meio do denominado feminismo de Estado, alguns avanços conseguiram ser obtidos, sobretudo no cenário europeu⁸⁴. Em suma, parte das agências estatais criadas para promoção dos direitos das mulheres passou a pleitear – e obter –, a partir dos anos 1990, uma ampliação de suas competências, de modo a exercer prerrogativas de exame transversal de diversas políticas de governo, não vinculadas diretamente à temática de gênero. A estratégia, também conhecida como *gender mainstreaming*⁸⁵, chegou a ser adotada no Brasil pela Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres, conforme se infere dos três Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres elaborados desde 2004; mas parece ter sido substancialmente esvaziada nos últimos anos, sendo certo que, desde 2015, não há sequer PNPM em vigor no país.

Já no que tange ao Poder Judiciário, nada obstante a natureza supostamente objetiva e neutra de sua atuação, há cada vez mais estudos e práticas internacionais que reforçam a importância de se promover maior

82 Nas eleições de 2014, chegou-se, pela primeira vez na história, próximo ao percentual de 30% de candidaturas de mulheres para os cargos de deputado(a) federal (29,15%) e deputado(a) estadual (29,11%). Para o cargo de senador(a), a quantidade de candidaturas permaneceu consideravelmente abaixo do previsto na Lei n. 9.504/1997 (20,6% do total). Cf. Relatório “As Mulheres nas Eleições de 2014”, elaborado em dezembro de 2014, pela SNPM.

83 Entre os candidatos eleitos em 2014 para o cargo de deputado(a) estadual, 11,3% são mulheres; para o cargo de deputado(a) federal, 9,9%; e, para o cargo de senador(a), 13,6% (idem).

84 Sobre o tema, confira-se: LOMBARDO, Emanuela; MEIER, Petra; VERLOO, Mieke (Ed.). *The Discursive Politics of Gender Equality – Stretching, bending and policymaking*. Abingdon: Routledge, 2009; BUSTELO, M. *Three Decades of State Feminism and Gender Equality Policies in Multi-Governed Spain. Sex Roles*, Nova Iorque, v. 70, n. 9/10, 2014; MONTEIRO, Rosa. *Feminismo de Estado em Portugal: mecanismos, estratégias, políticas e metamorfoses*. 2011. 503f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Portugal.

85 Termo utilizado, dentre outros, em: CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global. Compreendendo o gênero – da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo*. Trad.: Marlília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015, p. 265.

participação feminina^{86 87}. A África do Sul, por exemplo, no art. 174(2) de sua Constituição, estabelece que: *a necessidade de o Judiciário refletir amplamente a composição racial e de gênero [...] deve ser considerada na indicação dos membros do Judiciário*⁸⁷. A Bélgica, a seu turno, já havia estabelecido em 2003 a exigência de sua Suprema Corte possuir integrantes de ambos os sexos e fixou, em 2014, o quantitativo mínimo de 1/3 para cada um deles⁸⁸.

No Brasil, como se sabe, a seleção para a maior parte dos cargos do Poder Judiciário é feita por concurso público, o que tem, já há alguns anos, facilitado o crescimento do número de mulheres atuantes na magistratura, sobretudo desde que as provas passaram a não conter qualquer tipo de identificação do gênero do candidato⁸⁹. Permanece, todavia, a haver significativo desequilíbrio entre mulheres e homens nos cargos superiores da carreira: segundo censo realizado pelo CNJ, as mulheres seriam 43% dos juízes substitutos, 37% entre os juízes titulares, 22% dos desembargadores e 18% dos ministros de tribunais superiores⁹⁰.

CONCLUSÃO

O Direito ainda falha com as mulheres, mesmo no mundo democrático e desenvolvido, e bem mais frequentemente do que deveria. Entender como isso ocorre, e como uma Constituição – a lei suprema de um país – pode ser melhor ou pior em atender os interesses das mulheres, é extremamente valioso para nossa compreensão sobre como trabalhar, de um lado, com uma agenda feminista, e, de outro, com uma Constituição⁹¹.

86 Por todos, confira-se: DIXON, Rosalind. *Female Justices, Feminism and the Politics of Judicial Appointment: A Re-examination*. *Yale Journal of Law and Feminism*, n. 21 (2), p. 297–338, 2010.

87 Em estudo das realidades australiana e canadense, Reg Graycar e Jenny Morgan constataram, por outro lado, que ainda é comum se utilizar o gênero como elemento questionador da autoridade de juízas, como se estas tivessem uma visão necessariamente parcial e enviesada – no mau sentido – sobre certos temas. Mesmo em questões não vinculadas a estereótipos femininos, as magistradas seriam mais frequentemente acusadas de subjetivismo e de consideração a aspectos ligados à sua identidade do que juízes homens (GRAYCAR, Reg; MORGAN, Jenny. *Feminist Legal Theory and Understandings of Equality: One Step Forward or Two Steps Back?* In: GOLDSCHIED, Julie (Org.). *Gender and Equality Law*. Nova York: Ashgate Publishing, 2013. p. 51-73).

88 Cf. site da própria Corte Constitucional (<http://www.const-court.be/en/common/home.html>) e matéria veiculada pela ONG Oxford Human Rights Hub (<http://ohrh.law.ox.ac.uk/belgian-parliament-introduces-sex-quota-in-constitutional-court/>), ambos com último acesso em 10.06.2018).

89 Cf. BONELLI, Maria Glória. Profissionalismo, gênero e significados da diferença entre juízes e juízas estaduais e federais. *Contemporânea*. n. 1, jan-jul 2011, p. 105.

90 Informações compiladas em: <http://jota.info/agora-quem-julga-sao-elas-as-juizas-brasileiras>, ultimo acesso em 10.06.2018.

91 IRVING, Helen. *Gender and the Constitution – Equality and agency in Comparative Constitutional Design*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 37.

A Constituição Brasileira de 1988 é um marco na história do Brasil, representando a transição de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito. A participação de diversos setores da sociedade civil no processo de elaboração do texto constitucional, inclusive de mulheres, contribuiu para a consagração de um extenso rol de direitos fundamentais, que constitui a maior e mais clara manifestação do propósito transformador da Carta.

Ao longo de sua vigência, a Constituição de 1988 deu provas de sua força. Nos últimos trinta anos, consolidou-se a ideia de normatividade e efetividade das regras e princípios constitucionais, destacando-se, nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário, como agente central para a garantia e concretização de diversos direitos.

O constitucionalismo inaugurado pela Carta de 1988 ainda apresenta, no entanto, pontos falhos, sendo a manutenção da desigualdade, em sentido amplo, possivelmente o mais grave deles. O Brasil continua a ser um país em que a dignidade humana é medida conforme o *status* político, econômico ou sociocultural das pessoas. Nesse contexto, ser mulher continua a representar uma diminuição de dignidade; continua a ser causa para que se confira menor respeito e consideração pessoais, para que se reduza a autonomia, e para que sujeite a pessoa a violências e discriminações que a impedem de buscar seu pleno desenvolvimento humano. E o Direito Constitucional não tem contribuído como poderia para reverter esse quadro.

É preciso, portanto, que se debata como melhorar o constitucionalismo brasileiro, para que seu potencial emancipatório e humanista passe a alcançar, de fato, tanto homens como mulheres. O presente trabalho foi apenas uma tentativa de contribuir para o referido e necessário debate, analisando, especificamente, o conteúdo do direito à igualdade de gênero. Que venham muitos outros, fazendo com que recente crescimento de manifestações feministas na sociedade brasileira reflita-se também no Direito, de modo a quebrar a falsa neutralidade que este aparenta possuir em matéria de gênero e transformando-o, verdadeiramente, em um instrumento de promoção da igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADINTER, Elizabeth. *The Myth of Motherhood: a historical view of the maternal instinct*. Nova York: Souvenir Press, 1982.
- BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo*, 2 ed. Trad. Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. *Feminismo e Política*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- BONELLI, Maria Glória. Profissionalismo, gênero e significados da diferença entre juízes e juízas estaduais e federais. *Contemporânea*. n. 1, jan-jul 2011, p. 105.
- BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Trad. Julia Ferreira. Lisboa: Relógio D'Água, 2013.
- BRASÃO, Inês. Da porta para dentro – Servilismo doméstico é uma dominação oculta, que subjuga e desumaniza a mulher. *Revista de História da Biblioteca Nacional*, Rio de Janeiro, ano 10, n. 113, p. 46-49, fevereiro de 2015.
- BUCHANAN, Ian. *A Dictionary of Critical Theory*. Nova York: Oxford, 2010.
- BUSTELO, María. *Three Decades of State Feminism and Gender Equality Policies in Multi-Governed Spain*. *Sex Roles*, v. 70, n. 9/10, 2014.
- CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global. Compreendendo o gênero – da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo*. Trad.: Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015.
- GOLDSCHIED, Julie (Org.). *Gender and Equality Law*. Nova York: Ashgate Publishing, 2013.
- DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 114, p 225-239, mai./jun. 2015.

DIXON, Rosalind. *Female Justices, Feminism and the Politics of Judicial Appointment: A Re-examination*. *Yale Journal of Law and Feminism*, n. 21 (2), p. 297–338, 2010.

DOBROWOLSKY, Alexandra; HART, Vivien (ed.). *Women Making Constitutions - New Politics and Comparative Perspectives*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2003.

DOUGLAS, Susan; MICHAELS, Meredith. *The mommy myth - The idealization of motherhood and how it has undermined all women*. Nova York: Free Press, 2005.

DRUDE, Dahlerup; FREIDENVALL, Lenita Freidenvall. *Gender Quotas in Politics – A Constitutional Challenge*. In: WILLIAMS, Susan H. (ed.). *Constituting Equality - Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

FRASER, Nancy. *Fortunes of feminism – From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*. Nova York: Verso, 2013.

_____. *Justice Interrupts – critical reflection on the ‘Postsocialist’ condition*. Nova York: Routledge, 1997.

_____. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça*. Trad. Bruno Ribeiro Guedes e Letícia de Campos Velho Martel. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167-189.

_____. *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992.

_____. *Scales of Justice – Reimagining Political Space in a Globalizing World*. Nova York: Columbia University Press, 2010.

_____. *Unruly Practices – Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989

FREEDMAN, Estelle B. *No Turning Back – The history of feminism and the future of women*. Nova York: Ballantine Books, 2002.

GOETZ, A. M. *Gender and accountability*. In: DROBOWOLSKY, A.; HART, V. (Org.). *Women making Constitutions: New Politics and Comparative Perspectives*. Nova York: Palgrave Macmillan Publishers, 2003. p. 52-67.

GORNICK, Janet C.; MEYERS, Marcia K. *The Real Utopias Project: Gender Equality – Transforming Family Divisions of Labor*. Londres: Verso, 2009.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens - Uma breve história da humanidade*, 9 ed. Trad. Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2016.

HONDERICH, Ted (ed.). *The Oxford Companion to Philosophy*. Nova York: Oxford University Press, 2005.

IRVING, Helen. *Gender and the Constitution: Equity and Agency in Comparative Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

KYMLINCKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea – Uma introdução*. Trad. Luís Carlos Borges. Rev. de trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOMBARDO, Emanuela; MEIER, Petra; VERLOO, Mieke (Ed.). *The Discursive Politics of Gender Equality – Stretching, bending and policymaking*. Abingdon: Routledge, 2009.

MACKINNON, Catharine. *Gender in Constitutions*. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Nova York: Oxford University Press, 2012, p. 397-416.

MONTECINOS, Veronica. *Feministas e tecnocratas na democratização da América Latina*. *Revista Estudos Feministas*: Florianópolis, vol.11, n. 2, p. 351-380, dez./2003.

MONTEIRO, Rosa. *Feminismo de Estado em Portugal: mecanismos, estratégias, políticas e metamorfoses*. 2011. 503f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Portugal.

PASCUAL, Alejandra. Dominação masculina e desigualdade de gênero nas relações de trabalho: problemas, desafios atuais e políticas de cotas para mulheres. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (org.). A Eficácia Nacional e Internacional dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 1-14.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado: um panorama do caso brasileiro. Revista da AGU, v. 41, p. 9-42, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47-76.

ROHDEN, Fabíola. Uma Ciência da Diferença: sexo e gênero na medicina da mulher [online], 2ed. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2001.

RUTHERFORD, Alexandra, et. al. (Orgs.) Handbook of International Perspectives on Feminism. Nova York: Springer, 2011.

SAJÓ, András; UITZ, Renáta. *Freedom of religion*. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Nova York: Oxford University Press, 2012, p. 909-928.

SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. RDE, Rio de Janeiro, n. 8, p. 75-90, out./dez. 2007.

TELLES, Cristina. Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero. 2016. 290f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

WILLIAMS, Susan H. (ed.). Constituting Equality - Gender Equality and Comparative Constitutional Law. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

Filtros de Relevância no Direito Comparado: como as Cortes Supremas Evitam a Banalização de Precedentes¹

Frederico Montedonio Rego

Juiz Federal. Mestre em Direito pelo UniCEUB.

Ex-Juiz Auxiliar e Instrutor do STF (2013 a 2017)

RESUMO: Trata-se de um breve exercício de direito comparado, em homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso, sobre o funcionamento dos filtros de relevância de algumas cortes supremas (EUA, Alemanha, França, Reino Unido, Argentina e Itália), mais especificamente no que diz respeito à motivação das decisões negativas, pelas quais são inadmitidos casos considerados pouco relevantes. Tendo como parâmetro de comparação a repercussão geral brasileira, constatam-se algumas semelhanças (como o *quorum* qualificado exigido para as decisões negativas) e diferenças (como a motivação das decisões negativas e a expansão dos seus efeitos a todos os casos que versam sobre o mesmo tema). A comparação pode lançar luz sobre os problemas atualmente enfrentados no Brasil e apontar para soluções.

ABSTRACT: This is a brief comparative law exercise, in honor of *Justice* Luís Roberto Barroso, of the Brazilian Federal Supreme Court (STF), on the operation of relevance filters in some supreme courts (USA, Germany, France, the United Kingdom, Argentina and Italy), specifically with regard to the reasoning of negative decisions, whereby cases considered to be of little relevance are not admitted. Considering the Brazilian general repercussion as the parameter of comparison, it is possible to find

¹ Este artigo consiste, em essência, numa versão resumida do item 2.3 do livro *Repercussão geral*: uma releitura do direito vigente (Fórum: Belo Horizonte, 2019, p. 133-173), que, por sua vez, constitui a versão comercial da dissertação de mestrado *Os efeitos das decisões negativas de repercussão geral*: uma releitura do direito vigente, defendida pelo autor no UniCEUB em 2017.

some similarities (such as the qualified *quorum* required for negative decisions) and differences (such as the reasoning of negative decisions and the expansion of its effects over all cases concerning the same theme). The comparison may shed light on the problems currently faced in Brazil and point to solutions.

PALAVRAS-CHAVE: Cortes supremas. Filtros de relevância. Direito comparado. Repercussão geral. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Estados Unidos da América. Alemanha. França. Reino Unido. Argentina. Itália.

KEYWORDS: Supreme courts. Relevance filters. Comparative law. General repercussion. Brazil. Brazilian Federal Supreme Court (STF). United States of America. Germany. France. United Kingdom. Argentina. Italy.

I. NOTA PRÉVIA

Conheci o Prof. Luís Roberto Barroso no ano 2000, quando ingressei na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. No final daquele ano, embora eu não tivesse nenhuma experiência jurídica, ele me admitiu para estagiar no seu prestigiado escritório de advocacia, onde trabalhei inicialmente na área de pesquisa. Depois de concluir com ele as matérias Direito Constitucional I, II, III e IV, continuei aprendendo pela vivência no escritório até o final da graduação, pois jamais mudei de estágio. Ali entendi que o trabalho duro é o principal ingrediente da excelência profissional.

Na minha formatura, lá estava ele como patrono da turma, quando proferiu um magnífico discurso². Fui efetivado no escritório e trabalhei como advogado júnior por quase dois anos, quando decidi mudar o rumo e buscar realização no serviço público. Deixei o escritório no final de 2006 e perdi o contato diário com o professor, mas, mesmo a distância, acompanhava sua produção acadêmica e profissional. Numa tarde de 2013, lembro-me perfeitamente de estar dirigindo e ouvir no rádio a notícia de que ele havia sido indicado para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Vibrei dentro do carro, sozinho. Sabia que essa era a coroação da carreira de um professor que tinha muitas ideias e contribuições a dar à

² Ética, sucesso e felicidade. Disponível em: <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/etica_sucesso_e_felicidade.pdf>. Acesso em: 31 ago.2019.

instituição. O que eu então não imaginava é que voltaria a trabalhar com ele a partir da sua posse no STF.

Tive a honra de ser convidado pelo Ministro Luís Roberto Barroso para servir ao Supremo Tribunal Federal como Juiz Auxiliar e depois Magistrado Instrutor, funções que desempenhei de meados de 2013 até o início de 2017. Durante esse período, tive o prazer de voltar a ser aluno dele, agora na pós-graduação, que cursei no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, onde ele foi o orientador da minha dissertação de mestrado.

Somados todos os períodos, tenho quase uma década de convívio profissional com o Prof. Luís Roberto Barroso. Em todo esse tempo, ficaram evidentes o seu talento jurídico – com ideias brilhantes, clareza na exposição das ideias e oratória invejáveis –, idealismo, dedicação, compromisso com a causa pública e fidalguia, mesmo quando eu ousou discordar dele. É que, por ser sobretudo um professor que reflete sobre a realidade, ele transmite a seus alunos, pelo exemplo, que é preciso pensar criticamente.

Nos últimos anos, o Ministro dedicou bastante atenção à repercussão geral.³ Em seu gabinete, fui o responsável pelo monitoramento do Plenário Virtual durante cerca de dois anos, e pude ver como o sistema funciona por dentro. Foi em interlocução com ele que defini a repercussão geral como meu tema de estudo no mestrado. Em razão de sua vivência internacional, o Ministro conhece o funcionamento de outras cortes supremas no mundo e, também por isso, sempre ressaltou o caráter anômalo do número de decisões proferidas pelo STF, apesar do filtro de relevância de que a Corte dispõe. O tema do presente trabalho, em homenagem ao Ministro, é exatamente um estudo de direito comparado sobre o funcionamento dos filtros de relevância em outras cortes supremas.

3 V., e.g., BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Do mesmo autor: *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>>. Acesso em: 29 ago.2019. E ainda: *O Supremo Tribunal Federal em 2016: o ano que custou a acabar*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170109-01.pdf>>. Acesso em: 29 ago.2019. Mais recentemente, tive a honra de elaborar artigo acadêmico conjunto com o Ministro, intitulado *Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, n° 3, 2017 p. 695-713. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4824/3615>>. Ac. em 29 ago.2019.

II. INTRODUÇÃO

Depois de mais de uma década de prática, os resultados da repercussão geral no Brasil não são animadores.⁴ Como se sabe, o instituto foi criado com a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição, mas o início de seu efetivo funcionamento somente ocorreu a partir da Lei 11.418/2006, que acresceu os arts. 543-A e 543-B ao CPC de 1973, e da Emenda Regimental 21/2007, do STF.

De 2007 até o primeiro semestre de 2019, já sob o efetivo funcionamento da repercussão geral, o STF proferiu **1.412.039 decisões**.⁵ Esse número é um problema em si, pois revela uma banalização dos pronunciamentos da Corte Suprema, torna inevitáveis algumas contradições entre as decisões – o que compromete a estabilidade e a uniformidade da jurisprudência, retroalimentando a litigiosidade –, e corrói a autoridade do Tribunal, pela impossibilidade material de acompanhar o volume dessa produção jurisprudencial, isto é, de conhecer e efetivamente observar o que é decidido.

Dentre esse volume assombroso de atos decisórios, apenas 1.050 julgados no período se referem diretamente à sistemática da repercussão geral, seja para reconhecê-la ou para negá-la,⁶ o que representa apenas **0,074%** do total de decisões. Trata-se de um percentual muito pequeno para o instrumento que deveria racionalizar o trabalho do Tribunal, permitindo que “o STF deix[e] de se pronunciar sobre questões sem qualquer relevância para a sociedade”.⁷ Apesar desse baixo número, é certo que o STF reconheceu repercussão geral a temas demais: até agosto de 2019, 720 temas tiveram repercussão geral reconhecida, dos quais 397 foram julgados e 323 ainda estavam pendentes.⁸ A média, portanto, é de cerca de 33

4 Para um diagnóstico mais analítico dos problemas da repercussão geral: REGO, Frederico Montedonio. *Repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 51-111.

5 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Movimento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 5 ago.2019.

6 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral: informações consolidadas: números da repercussão geral (situação atual detalhada). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=repercussaoInformacoesConsolidadas&pagina=repercussaoInformacoesConsolidadas>>. Acesso em: 5 ago.2019.

7 É o que consta do Relatório da Comissão Mista de Reforma do Judiciário, criada pelo art. 7º da EC 45/2004 para criar os projetos de lei necessários à regulamentação da emenda. BRASIL, Congresso Nacional. *Relatório nº 1, de 2006 – CN*. Diário do Senado Federal de 21 jan. 2006, p. 1413. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=1123#diario>>. Acesso em: 6 ago.2019.

8 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral: informações consolidadas: números da repercussão geral (situação atual detalhada). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=repercussaoInformacoesConsolidadas&pagina=repercussaoInformacoesConsolidadas>>. Acesso em: 5 ago.2019.

temas julgados por ano, o que exigiria quase 10 anos para zerar o estoque de 323 temas pendentes, e isso apenas se nenhum tema novo tivesse repercussão geral reconhecida. Paralelamente, existem ao menos **1,2 milhão** de processos sobrestados aguardando decisões do STF a serem tomadas em repercussão geral.⁹

Dado que a repercussão geral é um instituto inspirado em experiências estrangeiras, tais como as dos EUA e da Argentina – expressamente lembradas no relatório da Comissão de Reforma do Judiciário que deu origem à EC 45/2004¹⁰ –, é oportuno investigar como funcionam os filtros de relevância em outros países, a fim de aferir se padecem de problemas semelhantes aos brasileiros, e quais as diferenças. Como todas as empreitadas de direito comparado, o exercício a seguir envolve riscos.¹¹ Para minimizá-los, não se pretende fazer uma exposição abrangente dos mecanismos de acesso a outros tribunais de cúpula mundo afora. Esse tema é objeto de outros trabalhos, tais como a obra de Leandro Giannini, em dois tomos, sobre os filtros de vários tribunais pelo mundo,¹² que serviu como referência – embora não exclusiva – para a exposição abaixo.

O escopo aqui será tão restrito quanto possível – a motivação das decisões “negativas”, que negam relevância aos casos que chegam aos tribunais –, na esperança de que essa limitação de foco, necessária para que não se perca o fio condutor deste trabalho, não signifique uma subestimação de toda a complexidade e a riqueza de detalhes de diversas experiências jurídicas internacionais. A lista de supremas cortes contempladas na análise – Estados Unidos, Alemanha, França, Reino Unido, Argentina e Itália –, longe de exaustiva, pretende, no entanto, ser ilustrativa e representativa de uma nota básica dos filtros de relevância, em vários locais nos quais ele vem sendo amplamente utilizado. O caso da Itália, que não

9 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. Gráfico disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QuAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=Q-VS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos>. Acesso em: 7 ago.2019.

10 V. voto do Deputado Federal Aloysio Nunes Ferreira, apresentado em 31.5.1999, como relator da Comissão da Reforma do Judiciário, que deu origem à EC n° 45/2004 (*Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência, n. 1, v. 2, projetos, p. 25. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1047/1031>>. Ac. 29 ago.2019).

11 Para uma exposição desses riscos, como vieses anglo-eurocêntricos, falsos universalismos e comparações estratégicas, cf. FRANKENBERG, Gunther. *Comparative law as critique*. Cheltenham: Elgar, 2016.

12 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. 2 t.

dispõe de um filtro de relevância em sentido próprio, será citado, por contraste, para reforçar a tese defendida neste trabalho.

É interessante notar que os países a serem analisados, de maneira geral, são Estados Democráticos de Direito consolidados, que respeitam as garantias processuais das partes e levam a sério o dever de motivação das decisões judiciais. A hipótese a ser demonstrada é que, mesmo nesses países, no tocante aos filtros de relevância, há uma atenuação na motivação das decisões negativas, enquanto os casos admitidos são amplamente fundamentados. Uma das razões para isso é não banalizar a criação de precedentes, a fim de resguardar a autoridade e o bom funcionamento das cortes supremas: se as decisões desses tribunais têm uma transcendência inerente à sua posição institucional e uma vocação natural para servir como precedentes, é preciso concentrar esses pronunciamentos nas hipóteses mais relevantes, vale dizer, nas decisões dos recursos admitidos depois de passar pelo filtro de relevância, analiticamente motivadas.

Feita essa observação, é oportuno começar com o que talvez seja o mais conhecido de todos os filtros de relevância: o *writ of certiorari* da Suprema Corte dos EUA.

III. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

A Constituição dos EUA prevê que a competência recursal da Corte deve ser inteiramente disciplinada por lei.¹³ A origem do filtro remonta a uma lei de 1925 (*Judges' Bill*, cujo nome decorre da iniciativa dos próprios juízes da Corte), que transformou a competência discricionária do tribunal numa regra com pouquíssimas exceções. O nome do instituto tem origem no *common law* inglês e refere-se à ordem que um tribunal superior emitia a um inferior para certificar e remeter-lhe os autos, para que pudessem ser revisados.¹⁴ Assim, o recorrente requer a concessão do *certiorari* (algo equivalente ao conhecimento do recurso), pedido que a Corte processa, em geral, como segue.

As petições de concessão de *certiorari* são primeiramente submetidas a uma análise técnico-formal pelo “Escrivão da Corte” (*Clerk of the Court*), que serve a todo o tribunal. A Corte não tem órgãos fracionários. Ouvida

¹³ Constituição dos EUA, art. III, seção 2, item 2.

¹⁴ Hoje não há necessariamente a emissão de uma ordem formal de requisição dos autos, pois o pedido pode ser decidido com base na documentação trazida à Suprema Corte pelas próprias partes.

a outra parte e eventuais *amici curiae*, cópias das peças são distribuídas às assessorias dos nove juízes, que analisam se o caso é “digno de *certiorari*” (*certworthy*), por meio de um procedimento chamado *screening process*, cuja metodologia variou no tempo. Num primeiro momento, quando o volume era menor, cada assessoria fazia o seu próprio memorando, estudado pelos juízes antes da reunião em que se decidia se o *certiorari* devia ou não ser concedido. Com o aumento do volume, isso ficou impraticável e foi necessário delegar tarefas à assessoria.

A partir da década de 1970, foi criada uma divisão para tratar dos pedidos de *certiorari*, o chamado *certiorari pool*, em que assessores dividem os casos entre si e elaboram memorandos (*pool memos*) que serão usados por todos os seus integrantes. Cada juiz é livre para aderir ou não ao *pool*, que conta, atualmente, com a adesão de sete dos nove *justices*.¹⁵ Feito o estudo dos casos por cada gabinete, a partir dos *pool memos* ou não, passa-se à fase da deliberação, em reuniões semanais fechadas apenas entre os juízes (*conferences*), em que se decide para que casos o *certiorari* será concedido.

Os parâmetros gerais para a concessão do *certiorari* estão previstos na Regra 10 das *Rules of the Supreme Court*,¹⁶ o Regimento Interno da Corte. A norma deixa claro que, nessa matéria, não se está diante de uma questão de direito, mas de discricionariedade judicial. “[O]s parâmetros mencionados possuem uma nota genérica distintiva (acompanhada gramaticalmente por uma marcada adjetivação): sua excepcionalidade”.¹⁷ Acrescente-se ainda sua não exaustividade e indeterminação semântica. É o que se depreende

15 Segundo notícia de 1.5.2017, apenas os *Justices* Samuel Alito e Neil Gorsuch não participam do “*certiorari pool*”. (Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/gorsuch-supreme-court-labor-pool-clerks.html?_r=0>. Acesso em: 30 ago.2019).

16 “Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari. Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court. A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law”.

17 Sobre o tema, v.: GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 256. Tradução livre do autor. No original: “(...) los estándares mencionados poseen una nota genérica distintiva (acompañada gramaticalmente por una marcada adjetivação): su excepcionalidad”.

quando se lê que a concessão do *certiorari* depende de “razões irrefutáveis” (*compelling reasons*) de que as questões federais envolvidas sejam “importantes”, ou de que os precedentes supostamente violados da Corte sejam “relevantes”. Há uma ênfase na função uniformizadora da Corte quando se prevê a concessão por divergência jurisprudencial, bem como se dispõe que o *certiorari* pode ser dado para rever decisões que podem ser chamadas de “extravagantes” (“so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings”), ou, em casos excepcionais, para rever decisões tidas como “aberrantes”, por sérios erros de fato ou de direito (“[a] petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law”). Igualmente rara é a concessão do *certiorari* antes da decisão final do tribunal de origem, o chamado *certiorari before judgment*, o que pressupõe haver uma “importância pública imperativa” (Regra 11). A Regra 14 disciplina como deve ser formulada a petição de *certiorari*, contendo exigências formais marcadas pela preocupação com a objetividade do requerimento.

No início do funcionamento do mecanismo, o presidente da corte (*chief justice*) elaborava uma lista com os casos para os quais propunha a não concessão do *certiorari*: era a chamada “*dead list*”. Com o tempo, isso se inverteu: o *chief justice* atualmente elabora uma lista para discussão (*discuss list*) apenas com os casos para os quais propõe a concessão do *certiorari*. Cada um dos demais juízes (*associate justices*) pode pedir a inclusão de outros casos na lista, para debate na reunião. *Os casos que não constam da lista são automaticamente rejeitados.*¹⁸ Dos casos que constam da lista, somente serão admitidos aqueles em que pelo menos quatro juízes se manifestarem pela concessão do *certiorari* (“*rule of four*”). Há ainda um costume ou “regra de cortesia” segundo a qual, se apenas três juízes se manifestarem pela concessão, um dos outros *justices* reconsidera a sua posição original e se junta à minoria, para que sejam obtidos os quatro votos (*join-three vote*).¹⁹ Há, portanto, um *quorum* qualificado para negar o *certiorari*: seis de nove juízes, ou dois terços, tal como ocorre no Brasil (CF, art. 102, § 3º). Como sugere William Rehnquist, que serviu por mais de 33 anos na Suprema Corte – de 1972 a 1986 como *Associate Justice*, e de 1986 até sua morte, em 2005, como

18 REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. Vintage Books: New York, 2007. e-book, p. 246.

19 Há registro de que essa prática tem sido atenuada (GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 245).

Chief Justice –, tal *quorum* destina-se a compensar o alto grau de discricionariedade no exercício do *certiorari*.²⁰

Há, portanto, duas formas básicas pelas quais se nega *certiorari* a um caso: (a) pela sua simples não inclusão na “*discuss list*”, isto é, pela falta de iniciativa do *chief justice* ou de qualquer *associate justice* nesse sentido, o que significa que o caso não será sequer discutido na reunião entre os juízes; e (b) em caso de inclusão na lista, se não alcançados os quatro votos necessários para a concessão. Nos dois casos, não se produz uma decisão escrita: não há, portanto, nenhuma motivação formal para a decisão negativa de *certiorari* nos EUA. Quando muito, há apenas um debate oral na reunião entre os *justices*, sem publicidade. A denegação do *certiorari* tem efeitos limitados ao caso concreto.²¹ Quando o *certiorari* é concedido, as decisões em geral são fundamentadas,²² e os precedentes vinculantes somente se formam quando há acordo não apenas sobre o resultado, mas sobre as *razões* que lhe dão suporte, o que estimula a busca pelo consenso.²³ Só as decisões dos casos com *certiorari* concedido têm “objetivação”.

É bastante conhecido o resultado estatístico do modo pelo qual a Corte exerce sua competência para “decidir que casos decidir”: tem-se concedido *certiorari* a apenas cerca de 1% dos casos. De 2004 a 2013, na média, houve uma apresentação de 7.934 casos por ano, dos quais 82 fo-

20 REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. Vintage Books: New York, 2007. e-book, p. 244-246. No mesmo sentido: GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 277, nota 243.

21 Nesse sentido: CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. *O desenvolvimento dos modelos americano, alemão e brasileiro de controle de constitucionalidade e a “objetivação” processual*: com destaque para o Writ of *certiorari* norte-americano, a Verfassungsbeschwerde alemã e a “objetivação” do recurso extraordinário brasileiro. Dissertação de mestrado (IDP): Brasília, 2014. p. 133. LIMA, Flávia Danielle Santiago; ANDRADE, Louise Dantas de; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. As (in)alterações do novo Código de Processo Civil na repercussão geral: apontamentos sobre a atuação do STF. *Revista CEJ*, ano XIX, n. 67, p. 81, set./dez. 2015. GIACOMET, Daniela Allam e. *Filtros de acesso a cortes constitucionais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 32.

22 “Embora os Estados Unidos sejam um dos poucos países ocidentais onde a motivação das decisões judiciais não é obrigatória, em geral são motivadas as da Suprema Corte (salvo as que rejeitam a *petition*), mas a prática revela exceções: às vezes, a Corte anuncia uma decisão *per curiam* – isto é, sem indicação do redator –, desprovida de motivação”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo? In: *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 245). É a prática das “*summary dispositions*” (v. *Rule 16*), em que, num mesmo ato, o *certiorari* é concedido e o caso resolvido por uma decisão *per curiam*, confirmando ou deixando sem efeito a decisão atacada, caso em que será necessária nova decisão da instância inferior. Tal procedimento é criticado por seu efeito surpresa (já que não há sustentação oral nem argumentação de mérito pelas partes, e sim apenas de *certiorari*), mas usada na prática, especialmente em casos nos quais a Corte considera ter havido um erro tão evidente, que seria perda de tempo abrir todo o procedimento formal. Nesse sentido: GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 278-279 e nota 249.

23 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 192-193, nota 142, e p. 239-240.

ram admitidos,²⁴ de modo a seguir-se o rito até a decisão de mérito, com a apresentação de sustentações orais. Isso tem levado o Tribunal a sofrer críticas. Termina a Corte sendo qualificada como “elitista”, “olímpica” ou “imperial”, por abrir mão, na prática, de desempenhar o papel uniformizador da jurisprudência e de guiar o desenvolvimento do direito, e restringir-se a ser um árbitro de questões políticas de alto impacto.²⁵ A dinâmica das decisões sobre o *certiorari* também tem sido alvo de estudos empíricos, que revelam a influência de fatores estratégicos alheios à estrita relevância das controvérsias, e de variáveis não previstas na Regra 10, embora esta não seja exaustiva.²⁶

Apesar do seu enorme prestígio, a Suprema Corte americana realmente não é, em tudo, um modelo para o mundo.²⁷ Algumas de suas práticas seriam consideradas inaceitáveis em outras partes. E, de fato, o dever de motivação não é difundido em todo o Judiciário estadunidense.²⁸ Mas, mesmo em países de tradições distintas, também se vê a atenuação da motivação nas decisões negativas dos filtros de relevância das cortes supremas. Considerem-se, agora, alguns casos da Europa – onde o dever de motivação é previsto em norma internacional –,²⁹ começando pelo Tribunal Constitucional Federal alemão³⁰ (*Bundesverfassungsgericht*, ou BVerfGE), que também é referência mundial.

24 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 192-193, nota 142, e p. 243. V. dados até 2017 com o mesmo padrão: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/supcourt_a1_0930.2018.pdf>. Acesso em: 29 ago.2019.

25 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 246.

26 Por interessante que seja o tema, ele desborda dos limites deste trabalho. Sobre o tema, por todos, v. GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 259-265.

27 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo? In: *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 251.

28 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2015. p. 23.

29 O dever de motivação é tido como corolário do art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

30 Não se analisará aqui o filtro de relevância do *Bundesgerichtshof* – BGH, a Corte Federal de Justiça alemã, equiparável ao STJ brasileiro. Embora tal Corte esteja presente em muitas obras que tratam dos filtros de relevância, já que o recurso de revisão (“Revision”) pressupõe a existência de “significação fundamental” (“*grundsätzliche Bedeutung*”), ou a necessidade de desenvolver o direito ou de assegurar a aplicação uniforme da lei (ZPO, §543, (2)), há uma diferença importante: caso, ao realizar o primeiro juízo de admissibilidade, o tribunal inferior entenda presente o requisito, tal juízo vincula o BGH, que não poderá inadmitir o recurso (ZPO, §543, (2), 2, *in fine*). Sobre o tema, cf. GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 323-330; CABRAL, Antonio do Passo. Requisitos de relevância no sistema recursal alemão. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (coords.). *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 71-85.

IV. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA

As competências do BVerfGE estão previstas no art. 93 da Lei Fundamental alemã e referem-se basicamente à resolução de conflitos entre entes federativos e ao controle concentrado de constitucionalidade. A “rainha’ das vias de acesso”³¹ à Corte é o “recurso de amparo”, também conhecido como queixa ou reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), um mecanismo ora semelhante a um sucedâneo recursal, ora a um mandado de segurança *per saltum*,³² ajuizável por qualquer pessoa sob a alegação de violação a direitos fundamentais. Tal queixa responde atualmente por cerca de 6.000 casos por ano, ou, historicamente, por cerca de 96% do volume de trabalho da Corte.³³

O instituto é regulado pela Lei do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*—BVerfGG), cujo §93a exige, para admissibilidade, a “significação constitucional fundamental” (“*grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung*”) e a adequação do instrumento para proteger direitos fundamentais, requisito que se considera atendido caso o requerente demonstre estar sujeito a um prejuízo grave na hipótese de sua inadmissão. Como regra geral, o ajuizamento de uma queixa constitucional pressupõe o esgotamento de todas as outras instâncias, mas é possível excepcionar essa regra se a hipótese for de “significação geral” (“*allgemeine Bedeutung*”) e se esse prévio esgotamento ocasionar grave prejuízo ao requerente (BVerfGG, §90, (2)).

O BVerfGE é dividido em dois Senados, com oito juízes cada, os quais podem constituir um número variável de Câmaras, com três membros cada (BVerfGG, §§2 e 15a). E aqui está o ponto crucial: *a competência para o juízo de admissibilidade, o quorum necessário para a decisão e sua motivação variam segundo o resultado, vale dizer, conforme a decisão seja negativa ou positiva. As decisões negativas competem às Câmaras e são tomadas de forma unânime e imotivada*

31 HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. *Revista Direito Público*, n. 2, p. 109, out./dez. 2003. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/452/Direito%20Publico%20n22003_Peter%20Haberle.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 ago.2019.

32 CABRAL, Antonio do Passo. Requisitos de relevância no sistema recursal alemão. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (coords.). *Reperussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 74.

33 O número abrange o período de 7.9.1951 (início do funcionamento da Corte) a 31.12.2018, em que, segundo relatório oficial disponível em inglês, houve 238.048 procedimentos, dos quais 229.899 (96,57%) foram queixas constitucionais. (ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. *Annual Statistics 2018*. p. 1. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Statistik/statistics_2018.pdf?__blob=publicationFile&v=4>. Acesso em: 29 ago.2019).

(BVerfGG, §93d, (1)). Quanto às decisões positivas, é preciso diferenciar duas hipóteses: (a) quando se considera que a matéria tem significação constitucional fundamental, mas ainda não foi decidida pela Corte, a *admissão* compete ao Senado (BVerfGG, §93b); ou (b) quando a matéria já foi decidida pela Corte em sentido vantajoso ao requerente, a *admissão* e a decisão favorável de mérito competem à Câmara, caso em que sua decisão tem o mesmo valor de uma do Senado (BVerfGG, §93c). Em todos os casos, a decisão sobre a admissibilidade é tomada sem sustentação oral e de forma irrecorrível (BVerfGG, §93d). As decisões da Câmara devem ser unânimes; já as decisões do Senado pela admissão devem ser tomadas por pelo menos três de seus oito juízes (BVerfGG, §93d, (3)). Enquanto uma decisão do Senado estiver pendente, compete à Câmara tomar decisões interlocutórias (BVerfGG, §93d, (2)).

Assim, uma queixa constitucional pode ser inadmitida por uma Câmara, desde que haja a unanimidade dos seus três juízes, caso em que a decisão negativa é imotivada. Isso ocorre com cerca de 99% dos casos, o que não tem comprometido o êxito do instituto para proteger os direitos fundamentais: ao contrário, seu sucesso está exatamente em permitir que a Corte decida poucos casos considerados importantes, com qualidade suficiente para orientar toda a sociedade ao cumprimento da Constituição.³⁴ Não obtida a unanimidade, a queixa é remetida ao Senado para decisão sobre a admissão, hipótese em que uma decisão negativa apenas poderá ocorrer se ao menos seis dos seus oito juízes votarem nesse sentido. Também há, portanto, um *quorum* qualificado para a inadmissão, a depender do órgão: unanimidade da Câmara ou três quartos do Senado. Havendo pelo menos três votos no Senado pela admissão, profere-se uma decisão positiva e segue-se uma análise de mérito necessariamente motivada.

Nesse particular, portanto, o BVerfGE observa um padrão semelhante ao da Suprema Corte americana:³⁵ decisões negativas são imoti-

34 “Esta reduzida ‘quota de êxito’ não altera a história exemplar do sucesso do recurso de amparo como instituto. Pelo contrário, transforma o Estado constitucional da Constituição (GG) num ‘Estado dos direitos fundamentais’ e a sua sociedade numa ‘sociedade dos direitos fundamentais’ na medida em que questões fundamentais têm sido frequentemente decididas em grandes sentenças ditadas pela via do art. 93.1.4.a da Constituição (GG) e em que o recurso de amparo se tem fixado na consciência dos cidadãos”. (HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. *Revista Direito Público*, n. 2, p. 109-110, out./dez. 2003. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/452/Direito%20Publico%20n22003_Peter%20Haberle.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 ago.2019).

35 No sentido do texto: CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. *O desenvolvimento dos modelos americano, alemão e brasileiro de controle de constitucionalidade e a “objetivação” processual* com destaque para o Writ of certiorari norte-americano, a Verfas-

vadas, mas exigem um *quorum* qualificado. Enquanto as decisões dos casos que passam pelo filtro têm efeito *erga omnes* (BVerfGG, §31, (1)), as decisões de inadmissibilidade, exatamente por serem imotivadas, não produzem qualquer efeito para além dos autos. Embora a motivação das sentenças seja imposta pelo Código de Processo Civil alemão (ZPO, §313 (1), 6, e (3)), na avaliação da “significação constitucional fundamental”, a motivação é reservada às hipóteses que passam pelo filtro, em razão da sua relevância.

V. CORTE DE CASSAÇÃO DA FRANÇA

Algo parecido ocorre com o filtro de relevância da Corte de cassação francesa.³⁶ A *Cour de cassation* é o órgão incumbido da uniformização da jurisprudência cível e criminal, ressalvada a matéria constitucional, que compete ao Conselho Constitucional, e a jurisdição administrativa do Conselho de Estado. Como ocorreu em muitos lugares, a Corte de cassação francesa viu-se premeada pelo volume de casos no decorrer dos anos.

A Corte também experimentou, ao longo da história, um aumento progressivo na sua composição, insuficiente, todavia, para atenuar sua carga de trabalho.³⁷ Hoje dividida em seis câmaras – três cíveis, uma comercial, uma social e uma penal – e composta por 178 juízes e 26 membros do *Parquet*, ela somente pode ser acionada por pouco mais de 100 profissio-

sungsbeschwerde alemã e a “objetivação” do recurso extraordinário brasileiro. Dissertação de mestrado (IDP): Brasília, 2014. p. 241. Em sentido contrário, negando tal aproximação e defendendo a inexistência de discricionariedade por parte do BVerfGE, cf. HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. *Revista Direito Público*, n. 2, p. 121 e 132, out./dez. 2003. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/452/Direito%20Publico%20n22003_Peter%20Haberle.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 ago.2019.

³⁶ Não se tratará aqui do Conselho Constitucional francês. Isso porque, nos termos da Constituição francesa, compete ao Conselho Constitucional supervisionar as eleições presidenciais (art. 58), julgar os membros da Assembleia Nacional e os Senadores (art. 59), supervisionar referendos (art. 60), realizar um controle preventivo e abstrato de constitucionalidade de leis (art. 61) e um controle de constitucionalidade repressivo pelo rito da “*question prioritaire de constitutionnalité*” (QPC). Embora a QPC deva ser dotada de *seriedade* (“*caractère sérieux*”, na dicção do art. 1º da Lei Orgânica nº 2009-1523), o que pode ser analisado pelo próprio Conselho, a questão lhe é submetida não diretamente pelas partes de um processo, mas pelo juiz da causa, que a encaminha ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação (art. 61-1), que, por sua vez, remetem ou não a QPC ao Conselho Constitucional por decisão irrecorrível, o que já constitui, por si, uma forte barreira de acesso. Sobre o tema: GIACOMET, Daniela Allam e. *Filtros de acesso a cortes constitucionais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 33-56.

³⁷ Guy Canivet narra que, em 1791, o primeiro ano de funcionamento da Corte, houve 557 recursos, enquanto que, em 2001, chegou-se ao recorde de 32.500. No período, a Corte passou de uma composição de três Câmaras, com menos de 50 conselheiros, para uma formação de seis Câmaras, totalizando cerca de 200. (CANIVET, Guy. *Vision prospective de la Cour de cassation*. 2006. Disponível em: <<https://academesciencesmoralesetpolitiques.fr/2006/11/13/vision-prospective-de-la-cour-de-cassation/>>. Acesso em: 30 ago.2019).

nais.³⁸ Sua principal via de acesso é o *pourvoi en cassation*, um recurso exclusivamente de direito contra decisões de última instância, no qual a Corte não opera como um tribunal de terceiro grau:³⁹ na maior parte das hipóteses de provimento, devolve-se o caso para nova decisão do órgão inferior. É o sistema “puro” ou “negativo” de cassação, apenas não adotado quando não haja outra solução possível a ser dada pelo órgão *a quo*, ou quando o enquadramento fático permita aplicar a regra de direito adequada: nesses casos, excepcionalmente – de 1% a 2% do total de pronunciamentos –, a Corte resolve o mérito sem reenviar o caso ao tribunal *a quo*.⁴⁰

A Corte utiliza o *pourvoi en cassation* para duas finalidades básicas:⁴¹ uma dita normativa, pela qual o tribunal uniformiza a interpretação do direito, o que inclui um controle de correção *material* da motivação das decisões recorridas (*manque de base légale*); e outra “disciplinar” (em sentido amplo), relacionada ao controle *formal* da motivação da decisão recorrida em cada caso (*default de motifs*). A legislação interna francesa dispõe que o dever de motivação também incide de forma geral em sentenças cíveis (CPC francês, art. 455) e penais (CPP francês, art. 485). Na França, historicamente prevaleceu a visão segundo a qual a cassação tem uma função mais privada, de defesa do litigante (*ius litigatoris*), do que pública, de defesa do direito (*ius constitutionis*), razão por que os filtros de relevância não faziam parte da tradição francesa.⁴²

Em 2001, porém, uma reforma legal criou um “procedimento de não admissão” do *pourvoi en cassation*: deu-se ao art. L131-6 do Código de Organização Judiciária da França redação segundo a qual passou a ser possível à Corte, por uma “formação restrita” de apenas três juízes,

38 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 398-402.

39 É o que decorre da fórmula segundo a qual “a Corte de Cassação não conhece do fundo dos casos” (“La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires”), prevista no 2º parte do art. L411-2 do Código de Organização Judiciária da França.

40 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 425-429.

41 WEBER, Jean-François. Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile. *Bulletin d'information*, n. 702, p. 10-11, Cour de cassation, 2009. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2009_2866/no_702_3151/communication_3153/>. Acesso em: 30 ago.2019; GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 413-418.

42 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 389 e 434-435.

negar admissão a tais recursos quando eles forem “inadmissíveis ou não fundados num motivo sério de cassação” (“*irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation*”). Trata-se de fórmula inspirada na que já vigorava para o Conselho de Estado desde 1987 (Código de Justiça Administrativa, art. L822-1). São situações tidas como evidentes, em que “a solução do recurso se impõe” (“*la solution du pourvoi s'impose*”), o que, além dos casos “inadmissíveis” ou “não fundados em motivos sérios”, também atinge situações pouco complexas de improcedência (*rejet*) ou procedência (*cassation*).⁴³ Fora dessas hipóteses, o caso é submetido à “formação de seção” da Câmara, um colegiado com mais juízes. O *quorum* relativo em qualquer formação não varia, pois todas as decisões da Corte devem ser unânimes e não há votos dissidentes.⁴⁴

A hipótese mais representativa de uso desse mecanismo é a da ausência de um “motivo sério de cassação”, cuja motivação resume-se à seguinte fórmula genérica: “Visto o art. L.131-6 do Código de Organização Judiciária; Considerando que o motivo de cassação anexo à presente decisão, invocado contra a decisão atacada, não é de natureza que permita a admissão do recurso; DECLARA não admitido o recurso”. Anexa à decisão, segue a lista dos motivos que o recorrente invocava em sua impugnação recursal. São decisões que “carece[m] substancialmente de motivação”,⁴⁵ que “não são verdadeiramente ‘julgamentos’”, que não possuem “nenhum alcance normativo”.⁴⁶ Segundo Guy Canivet, que foi Presidente da referida Corte de 1999 a 2007, a falta de motivação das decisões negativas tem o fim de não banalizar os precedentes da Corte.⁴⁷

43 FRANÇA. Cour de cassation. *L'instruction et le jugement du pourvoi*. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/presentation_2845/instruction_jugement_pourvoi_30994.html>. Acesso em: 30 ago.2019; GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 394.

44 “Il n’y a pas d’opinion dissidente”. (FRANÇA. Cour de cassation. *L'instruction et le jugement du pourvoi*. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/presentation_2845/instruction_jugement_pourvoi_30994.html>. Acesso em: 30 ago.2019). A explicação para essa prática é a de que os julgamentos devem expressar o entendimento unitário da Corte, cuja autoridade ficaria minada por votos individuais divergentes. Além disso, o anonimato protegeria os juízes de pressões, preservando sua independência.

45 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 453.

46 WEBER, Jean-François. Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile. *Bulletin d'information*, n. 702, p. 14, Cour de cassation, 2009. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2009_2866/no_702_3151/communication_3153/>. Acesso em: 30 ago.2019.

47 CANIVET, Guy. *La procédure d'admission des pourvois en cassation: bilan d'un semestre d'application de l'article L 131-6 du Code de l'organisation judiciaire*. 2002. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_entretiens_2039/archives_2201/admission_pourvois_cassation_8424.html>. Acesso em: 30 ago.2019.

O procedimento francês de não admissão foi impugnado perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. No caso *Burg et autres c. France*, os requerentes questionavam uma decisão da Câmara Social da Corte de cassação francesa, que não admitiu um apelo porque os motivos apresentados não seriam “de natureza a permitir a admissão do recurso”. Perante a Corte de Direitos Humanos, alegou-se incompatibilidade do art. L131-6 do Código de Organização Judiciária da França com o art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, sede internacional do dever de motivação das decisões judiciais. A Corte Europeia, porém, validou o filtro da *Cour de cassation*, assim como já havia feito a respeito do Conselho de Estado.⁴⁸ Decidiu-se que “incumbe aos tribunais responder aos argumentos essenciais das partes, sabendo-se que a extensão desse dever pode variar segundo a natureza da decisão e deve assim ser analisado à luz das circunstâncias da espécie (...)”. Afirmou, ainda, que “o art. 6º não exige que seja detalhadamente motivada uma decisão pela qual uma instância recursal, com base numa disposição legal específica, inadmite um recurso como desprovido de chances de êxito”. E concluiu:

Na espécie, a Corte observa que a decisão da Corte de Cassação fundou-se na ausência de motivos de natureza a permitir a admissão do recurso, nos termos do art. L131-6 do Código de Organização Judiciária, tal qual modificado pela Lei nº 2001-539, de 25 de junho de 2001. Nessas condições, ela não revela nenhuma aparência de violação ao art. 6, §1º, da Convenção.⁴⁹

Essa linha jurisprudencial da Corte Europeia foi posteriormente reafirmada em várias ocasiões, mesmo em matéria penal, de modo que está consolidada.⁵⁰

48 Caso *Société Anonyme Immeuble Group Kasser c. France*, Requête n° 38748/97, j. 9.3.1999.

49 Caso *Burg et autres c. France*, Requête n° 34763/02, j. 28.1.2003. Tradução livre do autor. No original: “Il incombe aux juridictions de répondre aux moyens de défense essentiels, sachant que l'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision et doit donc s'analyser à la lumière des circonstances de l'espèce (...). Enfin, la Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle l'article 6 n'exige pas que soit motivée en détail une décision par laquelle une juridiction de recours, se fondant sur une disposition légale spécifique, écarte un recours comme dépourvu de chance de succès (...). En l'espèce, la Cour note que la décision de la Cour de cassation était fondée sur l'absence de moyens de nature à permettre l'admission de la requête au sens de l'article L. 131-6 du code de l'organisation judiciaire, tel que modifié par la loi n° 2001-539 du 25 juin 2001. Dans ces conditions, elle ne décèle aucune apparence de violation de l'article 6 §1º de la Convention”.

50 Para uma relação de precedentes da Corte Europeia nesse sentido, cf. GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 458.

Em 2006 e 2008, o art. L131-6 do Código de Organização Judiciária foi desmembrado: a parte referente à formação restrita para julgar casos em que “a solução se imponha”, bem como, assim não sendo, à remessa do caso para a formação em seção, passou a vigorar como art. L431-1 do mesmo Código; enquanto isso, a parte referente à não admissão de recursos “inadmissíveis ou não fundados num motivo sério de cassação” passou a ser prevista no art. 567-1-1 do CPP e no art. 1.014 do CPC. Em 2014, uma nova alteração legal no art. 1.014 do CPC deixou ainda mais clara a dispensa substancial de motivação: a norma hoje em vigor dispõe caber à formação restrita decidir que “não cabe julgar por uma decisão especialmente motivada quando o recurso invocar uma ou mais razões inadmissíveis ou que não sejam manifestamente de natureza a levar à cassação”.

De 2008 a 2017, a não admissão sem motivação respondeu, em média, por cerca de 26% das decisões cíveis da Corte de Cassação (3.837) e 55% das penais (3.804) por ano. Ao final de 2017, a Corte tinha em estoque 24.256 casos cíveis e 3.515 penais – total de 27.771 –, e a média de duração de um caso cível era de 414 dias, enquanto a de um penal era de 195 dias.⁵¹ Embora se trate de números elevados, houve atenuação na área cível quanto à situação anterior ao “procedimento de não admissão”: no final do ano de 2001, a Corte tinha 35.085 casos cíveis e 3.343 penais em estoque – total de 38.428 –, com duração média de 750 e 164 dias para os casos cíveis e penais, respectivamente.⁵²

Conclui-se que, no exercício do seu filtro de relevância, a Corte de cassação francesa faz uma calibragem da motivação de suas decisões negativas, de forma a não banalizar seus precedentes, à vista do elevado número de provocações que recebe anualmente. Em geral, usa-se uma fórmula genérica para a não admissão do recurso, que, por isso mesmo, não tem alcance para além do caso concreto. Não gerar precedentes por decisões negativas também é uma preocupação da Suprema Corte do Reino Unido.

51 FRANÇA. Cour de cassation. *Rapport annuel 2015*. Disponível em: <<https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport2017.pdf>>. Acesso em: 29 ago.2019. Médias obtidas a partir das tabelas 1.1 e 1.2 (p. 326), 1.7 e 1.8 (p. 329).

52 FRANÇA. Cour de cassation. *Rapport annuel 2003*. p. 533-536. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_2003_optimise.pdf>. Acesso em: 30 ago.2019.

VI. SUPREMA CORTE DO REINO UNIDO

Apesar de sua longa tradição jurídica, o Reino Unido somente veio a instalar formalmente uma Suprema Corte em 2009, a partir de recomendação do Parlamento Europeu (Resolução nº 1.342/2003). Antes disso, as funções judiciais de último grau eram exercidas pela Câmara dos Lordes – uma das casas do Parlamento britânico –, o que, apesar da elevada respeitabilidade que o órgão conquistou ao longo dos séculos, foi considerado inadequado à luz da separação de poderes. Formada hoje por doze juízes que podem reunir-se em colegiados de composição variável, a Corte atua como órgão de última instância cível para todo o Reino Unido, e de última instância penal para Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte (excluindo, assim, a Escócia). Por essa razão, seu papel não é “limitado à interpretação final de temas comuns a todo o país, mas também a questões derivadas da hermenêutica de cada um dos ordenamentos autônomos”.⁵³

Na maioria dos casos, o acesso ao tribunal depende de uma autorização (*permission to appeal*), postulada na instância recorrida, com recurso cabível à Suprema Corte (Supreme Court Rules, §10 (2)). O sistema de autorizações para recorrer é bastante difundido no direito inglês, inclusive em outras instâncias, mas os parâmetros variam. A licença para a apelação ordinária pressupõe que o recurso apresente uma de duas hipóteses: (a) uma “real perspectiva de êxito”; ou (b) uma “razão irrefutável para que seja conhecido”. Para recursos a partir do segundo grau, aplica-se lógica semelhante, mas, na primeira hipótese, a “real perspectiva de êxito” deve ser acompanhada por uma “importante questão de princípio ou prática” (Civil Procedure Rules, 52.6 e 52.7).

Na Suprema Corte do Reino Unido, os pedidos de *permission to appeal* são analisados por um colegiado composto em geral por três juízes (*Appeal panel*). Em sua *Practice Direction 3*, a Corte prevê que o parâmetro para a admissão do recurso é se ele apresenta ou não uma “plausível questão de direito de importância pública geral que deva ser decidida pela Corte naquele momento, tendo em conta que a matéria já terá sido objeto de decisão judicial e poderá já ter sido examinada em recurso”. A Corte dá “breves razões” pelas quais recusa a autorização, mas tais razões “*não devem ser levadas em conta*

53 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 309.

como tendo algum valor como precedente”.⁵⁴ E, na prática, as razões oferecidas são genéricas. Uma lista com 49 casos decididos entre dezembro de 2018 e janeiro de 2019⁵⁵ revela que, na maioria dos casos de inadmissão da *permission*, apenas se repete a fórmula da *Practice Direction 3*. Assim, “como ocorre em outros lugares, a decisão final da Corte carece substancialmente de motivação”, o que também se dava na *House of Lords*.⁵⁶

O volume de casos submetidos à Corte é consideravelmente menor do que em outros tribunais congêneres.⁵⁷ No período de nove anos e meio, desde 1.10.2009 (início de seu funcionamento) até 31.3.2019, ela recebeu um total de 2.199 pedidos de *permissions to appeal* (média de cerca de 231 por ano), dos quais concedeu 705 (média de cerca de 74 por ano), o que resulta numa admissão média de 32%.⁵⁸ O percentual leva em conta apenas os pedidos formulados diretamente à Suprema Corte, e não aqueles negados nos tribunais de origem sem que a parte os tenha impugnado.

Verifica-se, portanto, que, mesmo ao dar razões para suas decisões negativas – em regra genéricas, apesar do pequeno volume de casos que recebe por ano –, a Suprema Corte do Reino Unido não lhes reconhece nenhum valor como precedente. Trata-se da prática que vem sendo destacada como fio condutor da exposição: há uma calibragem na motivação das decisões negativas dos filtros de relevância nas cortes supremas, para que seus precedentes não sejam banalizados. Essa também é a prática adotada na Argentina.

54 Tradução livre do autor. O trecho pertinente da U.K. Supreme Court Practice Direction 3 é: “3.3.3. Permission to appeal is granted for applications that, in the opinion of the Appeal Panel, raise an arguable point of law of general public importance which ought to be considered by the Supreme Court at that time, bearing in mind that the matter will already have been the subject of judicial decision and may have already been reviewed on appeal. An application which in the opinion of the Appeal Panel does not raise such a point of law is refused on that ground. The Appeal Panel gives brief reasons for refusing permission to appeal. The reasons given for refusing permission to appeal *should not be regarded as having any value as a precedent*”.

55 A lista pode ser consultada em: <<https://www.supremecourt.uk/docs/permission-to-appeal-2018-11-2019-01.pdf>>. Acesso em: 30 ago.2019.

56 GIANNINI, Leandro. *El certiorari*: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 321. Tradução livre do autor. No original: “al igual que en otras latitudes, la decisión final de la Corte carece sustancialmente de motivación, práctica ya existente durante la actuación de la Cámara de los Lores como Tribunal de última instancia (...)”.

57 É possível que esse baixo volume seja influenciado pelo elevado custo de acionar a Suprema Corte britânica: a normativa em vigor prevê que a formulação de uma “*permission to appeal*” custa 1.000 libras esterlinas (The Supreme Court Fees (Amendment) Order 2011). No entanto, a explicação mais provável para esse fenômeno reside no contexto cultural do Reino Unido, segundo o qual o recurso para uma ou mais instâncias não é considerado um direito da parte (GIANNINI, Leandro. *El certiorari*: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 319).

58 Os dados foram extraídos dos dez relatórios oficiais intitulados “*The Supreme Court Annual Report and Accounts*”, um para cada período, de 2009 a 2018. (Disponíveis em: <<https://www.supremecourt.uk/news/the-supreme-court-annual-report-and-accounts.html>>. Acesso em: 30 ago.2019).

VII. SUPREMA CORTE DA ARGENTINA

A *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* compõe-se atualmente de cinco juízes. Sua principal via de acesso é o *recurso extraordinario*,⁵⁹ cabível nas hipóteses previstas no art. 14 da Ley n° 48, de 1863, ainda em vigor, que constituem uma tradução quase literal do *Judiciary Act* de 1789 dos EUA.⁶⁰ Segundo classificação doutrinária,⁶¹ o recurso extraordinário argentino serve para que a Suprema Corte atenda a três finalidades básicas: (a) realizar o controle de constitucionalidade incidental; (b) fixar o sentido e o alcance da legislação federal (aí incluídos os tratados); e (c) garantir a supremacia das instituições federais. Assim, o extraordinário é um recurso exclusivamente de direito que visa à tutela da Constituição, tratados, leis do Congresso e atos federais: há de haver, assim, uma “questão federal”, o que abrange tanto a Constituição quanto a legislação infraconstitucional federal. Como se não bastasse essa amplitude, ao longo dos anos a jurisprudência daquela Suprema Corte tratou de aumentar ainda mais as hipóteses de admissibilidade do recurso, notadamente a partir das figuras conhecidas como *arbitrariedad* e *gravedad institucional*.

A primeira – *arbitrariedad* –, desenvolvida a partir do caso “*Rey c/ Rocha*” (1909), mitiga o requisito da “questão federal” ao permitir o cabimento do recurso extraordinário mesmo para apreciação de matérias de fato, prova, direito comum, local e outras, desde que a decisão recorrida seja, por exceção, considerada *arbitraria*. A ideia é a de que a *arbitrariedad* não é um simples equívoco, mas um erro grave, caso em que se entende que a “questão federal” reside na contrariedade entre a própria decisão recorrida e a Constituição (*e.g.*, princípios da legalidade, ampla defesa, devido processo legal, etc.).

A segunda – *gravedad* ou interesse institucional –, também de difícil definição, ocorre quando “o decidido excede o interesse individual das partes e pertence também ao da coletividade”.⁶² Trata-se de um con-

59 Esta classe processual, juntamente com a queixa (“*quejá*” ou “*recurso de hecho*”) interposta contra a inadmissão do extraordinário na instância de origem (semelhante ao agravo em recurso extraordinário brasileiro), respondeu por 96,9% do volume de trabalho da Corte em 2013. (GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. II, p. 240).

60 HOCKL, María Cecilia; DUARTE, David. *Competencias y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Legis Argentina, 2006. p. 338.

61 HOCKL, María Cecilia; DUARTE, David. *Competencias y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Legis Argentina, 2006. p. 330-334.

62 Tradução livre do autor. No original: “(...) corresponde admitirla [la *gravedad institucional*] en los supuestos en que

ceito desenvolvido jurisprudencialmente a partir do caso “Jorge Antonio” (1960), e sua presença num caso pode autorizar a excepcional concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, bem como a dispensa de alguns de seus requisitos de admissibilidade, tais como o pré-questionamento (*planteo de la cuestión federal*), o caráter final da decisão recorrida (autorizando-se o recurso *per saltum*),⁶³ ou até mesmo, segundo alguns autores e precedentes, a existência de questão federal.⁶⁴ Como se vê, a *gravedad institucional* surgiu com uma função ampliativa da jurisdição, embora ela atualmente também venha desempenhando um papel restritivo, pois sua ausência é uma das hipóteses de recusa de recursos pelo Tribunal.

Como vários outros tribunais congêneres, a Suprema Corte argentina também se viu envolvida numa crise numérica, potencializada pela flexibilização jurisprudencial dos requisitos de admissibilidade dos seus recursos extraordinários, a partir de “filtros positivos” como a *arbitrariedad* e a *gravedad institucional*. Como reação a esse problema, a Ley n° 23.774/1990 alterou o Código de Processo Civil argentino para prever um “filtro negativo” de admissão de recursos extraordinários, segundo o qual “[a] Corte, segundo sua sã discricionariedade, e com a só invocação dessa norma, poderá recusar o recurso extraordinário, por falta de lesão federal suficiente ou quando as questões discutidas resultarem insubstanciais ou carentes de transcendência”.⁶⁵ O mesmo é previsto para a queixa (*queja*) contra a inadmissão do extraordinário na origem (art. 285 do CPC argentino), recurso semelhante ao agravo em recurso extraordinário brasileiro.

Assim, a Suprema Corte argentina dispõe de três possibilidades para recusar recursos extraordinários “segundo sua sã discricionariedade”: (a) falta de lesão federal suficiente; (b) discussão de questões insubstan-

lo decidido excede del interés individual de las partes y atañe también al de la colectividad”. Fallos 247:602(1960). Caja de Previsión Social de Médicos, Bioquímicos, Odontólogos, Farmacéuticos, Veterinarios y Obstetras de Córdoba v. S. R. L. Medical. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=57663>>. Acesso em: 30 ago.2019.

63 Esta hipótese ganhou previsão legal expressa a partir da Ley n° 26.790/2012, que acrescentou o art. 257-bis ao CPC argentino.

64 Para um levantamento das divergências jurisprudenciais e doutrinárias sobre o assunto, cf. HOCKL, María Cecilia; DUARTE, David. *Competencias y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Legis Argentina, 2006. p. 443-444.

65 CPC argentino, art. 280: “Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. (...)”. (Redação dada pela Lei n° 23.774/1990).

ciais; e (c) discussão de questões intrascendentes. Vale notar que as duas primeiras – questões insuficientes e insubstanciais – já existiam na prática da Suprema Corte quando da inadmissão de recursos antes de 1990. A doutrina procura destrinchar cada uma delas, não havendo espaço para tratar do tema nos limites deste pequeno trabalho, até porque, na prática, a Corte utiliza apenas a seguinte fórmula geral ao invocar tal norma para inadmitir recursos extraordinários: “Buenos Aires [*data*]. Vistos os autos: [*capa do processo*]. Considerando: Que o recurso extraordinário é inadmissível (art. 280 do Código Processual Civil e Comercial da Nação). Por isso, é inadmitido o recurso extraordinário. Custas na forma da lei. Intimem-se e dê-se baixa”.⁶⁶

Trata-se, evidentemente, de uma decisão genérica, não substancialmente motivada, como é a praxe das decisões negativas dos filtros de relevância. Embora historicamente a Corte tenha construído uma jurisprudência de admissão de recursos em princípio incabíveis, ela vem proclamando ser “imperativo recusar pleitos de questões que, embora sejam federais, careçam de transcendência”.⁶⁷ Essa prática tem aliviado a carga de trabalho do tribunal, que, somente em 2018, resolveu 7.843 casos a partir de 6.814 julgamentos,⁶⁸ dos quais a maior parte – 4.315, ou 63,3% do total – foi de não procedência, e, dentre estes, 2.838 (41,6%) utilizaram a fórmula do art. 280 do CPC.⁶⁹

66 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. II, p. 206. Trad. livre. No original: “Buenos Aires [*fecha*]. Vistos los autos: [*carátula*]. Considerando: Que el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por ello, se desestima el recurso extraordinario planteado. Con costas. Notifiquese e devuélvase”.

67 Fallos 322:3217 (1999). Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios v. Set Sociedad Anónima (cf. especialmente p. 3218 e 3224). Tradução livre do autor. No original: “Pese al aparente carácter potestativo del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que impone a la Corte el deber de seleccionar ‘según su sana discreción’, las causas en que conocerá por recurso extraordinario, la obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad torna *imperativo desatender los planteos de cuestiones, aun federales, carentes de transcendencia*”.

68 A discrepância entre o número de decisões e de casos resolvidos explica-se porque uma mesma decisão pode resolver mais de um caso. (Cf. GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. II, p. 236, nota 203).

69 ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Datos estadísticos: año 2018* (Disponível em: <<https://www.csjn.gov.ar/datos-estadisticos/graficos-2018>> . Acesso em: 30 ago.2019). Ao isolarem-se as decisões de “*certiorari negativo*”, vê-se que elas responderam por uma média de 35,5% (15.777) de todas as decisões (44.401) da Corte entre 2010 e 2012. (GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. II, p. 252).

VIII. CORTE SUPREMA DE CASSAÇÃO DA ITÁLIA

Por fim, uma breve referência ao caso da Itália —⁷⁰ onde não se dispõe de um filtro próprio de relevância, no sentido adotado neste trabalho — pode, por contraste, reforçar a ideia de que é necessário calibrar a motivação de pelo menos algumas decisões das cortes supremas. De forma semelhante ao que ocorre na França, a *Corte Suprema di Cassazione* é a instância mais elevada do Judiciário italiano, responsável pela última palavra na interpretação do direito em matéria cível e penal, ressalvadas as atribuições da Corte Constitucional e do Conselho de Estado. Compete-lhe, nos termos do art. 65 da Lei de Organização Judiciária (*Regio Decreto* n° 12/1941), assegurar a interpretação uniforme da lei e a unidade do direito objetivo nacional. Trata-se de um dos maiores tribunais do mundo, com cerca de quatrocentos juízes,⁷¹ e que exibe outros números impressionantes. Apenas em 2018, a Corte recebeu 36.881 casos cíveis e 51.956 casos penais novos; no mesmo período, foram baixados 32.441 casos cíveis e 57.573 penais; o estoque pendente ao final do ano era de 111.353 casos cíveis e 24.609 casos penais; no final do período, apurou-se que a duração média dos processos foi de três anos, quatro meses e cinco dias para os casos cíveis, e de 180 dias para os casos penais.⁷²

A principal via de acesso à Corte é o *ricorso per cassazione*, um recurso exclusivamente de direito contra decisões de apelação ou instância única, ressalvados alguns casos de cabimento *per saltum* (CPC italiano, art. 360). Há dificuldades jurídicas para instituir limites à admissão do recurso, porque o art. 111, §7, da Constituição italiana prevê que é “sempre” permitido o recurso de cassação por violação da lei contra sentenças e resoluções sobre liberdade pessoal pronunciadas por órgãos jurisdicionais

70 Não se tratará aqui da Corte Constitucional italiana, mas apenas da Corte de Cassação. Isso porque a natureza mais restrita do acesso à Corte Constitucional representa, por si só, um mecanismo de contenção. Nos termos dos arts. 134 a 137 da Constituição da Itália, compete à Corte Constitucional julgar, de forma concentrada, a constitucionalidade das leis, o que, nos termos da Lei n° 87/1953, não se dá por provocação direta das partes interessadas, mas pelo juiz da causa. Além desse controle incidental, há também um abstrato, mas exercido apenas por provocação de alguns legitimados. Ademais, compete à Corte Constitucional julgar conflitos entre os poderes central e regionais, bem como acusações contra o Presidente da República.

71 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platenense, 2016. t. I, p. 338.

72 Dados obtidos a partir de relatórios oficiais da Corte: (a) ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. *La cassazione civile: annuario statistico*. 2018. p. 2. Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/CIVILE_ANNUARIO-2018_DEF.pdf>. Acesso em: 30 ago.2019; (b) ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. *La cassazione penale: annuario statistico*. 2018. p. 2. Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/AG2019_CASSAZIONE_PENALE_annuariostatistico2018.pdf>. Acesso em: 30 ago.2019.

ordinários e especiais.⁷³ Porém, como o volume de trabalho adquiriu proporções intoleráveis, e a massiva produção decisória da Corte dá origem a pronunciamentos contraditórios – que comprometem sua função de garantia da unidade do direito –, conseguiu-se criar um “filtro impróprio”, não destinado a uma seleção qualitativa de causas, mas a agilizar a solução daquelas sem chances reais de êxito. Busca-se antecipar o juízo de não provimento, que seria inevitavelmente tomado, por um rito simplificado.

Tal mecanismo foi consagrado no art. 360-bis do Código de Processo Civil italiano, inserido em 2009, fruto de um processo legislativo cheio de idas e vindas refletidas na redação da norma, e cujo resultado terminou por não agradar a ninguém.⁷⁴ Pelo chamado “filtro”, considera-se inadmissível o recurso quando: (a) a decisão recorrida estiver em conformidade com a jurisprudência da Corte e os argumentos postos não sejam capazes de modificá-la; ou (b) quando a argumentação recursal de violação ao devido processo for manifestamente infundada. Quanto ao primeiro caso, a norma não qualifica a “jurisprudência”, nem o ordenamento sistematiza as hipóteses de vinculatividade dos precedentes, o que gera dúvidas decorrentes da hiperatividade da Corte e da variação injustificada de suas decisões. Quanto à segunda hipótese, qualificou-se um caso específico de evidente improcedência (que já permitia antes a adoção de um rito simplificado, segundo o art. 375 do CPC italiano), havendo assim uma sobreposição que originou interpretações diversas sobre os casos de sua aplicação. Não se entrará aqui nos detalhes desses debates, que desviariam o foco do presente estudo.

Há dois tipos de rito na Corte: o cameral (sem argumentos orais) e o ordinário (com argumentos orais). Para determinar o rito, os casos, ao entrar no tribunal, passam pela *apposita sezione*, apelidada de “seção filtro”, com exceção dos casos de competência das “seções unidas”, grupos de seções que se reúnem para prevenir divergências ou para resolver assuntos de especial importância. Tal seção compõe-se de integrantes das outras seções da Corte, e por isso se trata de um mecanismo concentrado, diferente do sistema francês, em que a seleção inicial é feita por uma formação restrita do mesmo órgão competente para julgar o mérito, o que evita o trânsito do processo por diversos órgãos. A “seção filtro” pode:

73 “Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge”.

74 Sobre o tema, cf. GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 374-387.

(a) declarar o recurso liminarmente inadmissível (art. 360-bis do CPC); (b) determinar o rito cameral (simplificado) nas hipóteses do art. 375 do CPC, como desistência e outras; ou (c) determinar o rito ordinário, com marcação de audiência.

O ponto que interessa mais de perto ao presente tópico é que, em 22.3.2011, o Presidente da Corte editou uma “medida sobre a motivação simplificada das sentenças e despachos decisórios cíveis”,⁷⁵ na qual

CONVIDA Todos os colegas das seções cíveis, *quando forem chamados a decidir sobre recursos que não exigem o exercício da função de nomofilaquia* ou que levantam questões jurídicas cuja solução comporta a aplicação de princípios jurídicos já afirmados pela Corte e aprovados pelo conselho, a redigirem uma sentença (ou um despacho de conteúdo decisório) “em motivação simplificada”, de tipo extremamente sintético com referência aos vícios de motivação, ou com apelo aos semelhantes precedentes em caso de apresentação de questões jurídicas já resolvidas pela jurisprudência da Corte, estabelecido que a motivação simplificada também deve fornecer uma explicação clara da *ratio decidendi*, referida especificamente ao fato concreto decidido (não podendo, portando, esgotar-se na adoção de fórmulas de estilo aplicáveis a cada fato concreto), mesmo se expressa com a maior síntese possível e *sem as argumentações exigidas pela motivação de uma decisão que constitui o exercício da função de nomofilaquia*.

A adoção dessa “motivação simplificada” deve ser expressamente indicada para deixar claros os casos em que “a Corte não exerceu a função de nomofilaquia, de tal modo facilitando a atividade do Gabinete do *Massimario*⁷⁶ na seleção dos pronunciamentos a não serem encaminhados ao processo de extração dos princípios [*massimazione*]”.

⁷⁵ Texto original disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20110322_Provvedimento_motivazione_semplicata.pdf>. Acesso em: 30 ago.2019. Tradução feita a pedido do autor por Aline Vasconcellos Leal. Em 7.6.2016, foi editado provimento semelhante para a motivação simplificada de sentenças penais (disponível em: <https://www.csm.it/web/gcanzio/bacheca-del-consigliere/-/blogs/provvedimento-sulla-motivazione-semplicata-di-sentenze-penali>), acesso em: 30 ago.2019).

⁷⁶ O *Ufficio del Massimario e del Ruolo* funciona na *Corte Suprema di Cassazione*, competindo-lhe, entre outras atribuições, auxiliar o exercício da função nomofilática da Corte, a partir da leitura, seleção e extração de princípios ou “máximas” (*massimazione*) dos julgados. Suas atribuições estão previstas no §60 e seguintes da *Tabella di Organizzazione* da Corte, disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Tabella_di_organizzazione.pdf>. Acesso em: 30 ago.2019.

Há, portanto, uma pretensão de “simplificar” a motivação fora dos casos em que a Corte exerce sua função nomofilática, isto é, quando não está a criar precedentes, o que confirma a ideia desta exposição: é preciso calibrar a motivação das decisões das cortes supremas que não criam precedentes, casos que não são nem mesmo submetidos ao processo de extração dos princípios (“*massimazione*”). “[A] atenuação da motivação que se propicia na resolução referida é vista como um caminho para aliviar os efeitos nocivos que produz, nos tempos do processo, a superexposição da Corte de Cassação à resolução de dezenas de milhares de expedientes por ano”.⁷⁷ A calibragem feita pela Corte de Cassação italiana, contudo, não tem sido bastante para atenuar a carga de trabalho e melhorar o funcionamento do tribunal. Ao menos na área cível, apesar da reforma do CPC em 2009 e da resolução sobre a motivação simplificada de 2011, as estatísticas permanecem relativamente estáveis há pelo menos dez anos: recebimento e baixa de cerca de 30.000 casos/ano e estoque de 100.000.⁷⁸

Uma corte suprema não pode pretender unificar a interpretação do direito quando os diferentes órgãos que a integram proferem dezenas de milhares de decisões motivadas todos os anos, pois “o risco de inconsistências aumenta dramaticamente, o conhecimento da jurisprudência da Alta Corte por parte dos diversos operadores jurídicos se desvanece, e se expande a limites desproporcionais a demora na resolução final da causa”.⁷⁹ Vale notar que Michele Taruffo, um dos maiores processualistas italianos, que analisou todas as nuances do dever de motivação em sua obra clássica *La motivazione della sentenza civile*, publicada pela primeira vez

77 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 387. Tradução livre do autor. No original: “la atenuación de la motivación que se propicia en la resolución referida, es vista como un camino para paliar los nocivos efectos que produce, en los tiempos del proceso, la sobreeposición de la Corte de Cassación a la resolución de decenas de miles de expedientes por año”.

78 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 340-341. As decisões com “motivação simplificada” representaram 16,41% do total de decisões cíveis entre 2014 e 2018 (19.440 de 118.436) e 13,31% de decisões penais entre 2016 e 2018 (22.952 de 172.347). Dados obtidos a partir de relatórios oficiais da Corte: (a) ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. *La cassazione civile*. annuario statistico. 2018. p. 17. Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/CIVILE_ANNUARIO-2018_DEF.pdf>. Acesso em: 30 ago.2019; (b) ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. *La cassazione penale*. annuario statistico. 2018. p. 4 e 32. Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/AG2019_CASSAZIONE_PENALE_annuariostatistico2018.pdf>. Acesso em: 30 ago.2019.

79 GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 373-374. Tradução livre. No original, referindo-se à Corte italiana: “cuando un tribunal de dichas características dicta más de 30.000 sentencias por año, el riesgo de inconsistencias aumenta dramáticamente, el conocimiento de la jurisprudencia del Alto cuerpo por parte de los diversos operadores jurídicos se desvanece y se expande a límites desproporcionados la demora en la resolución final de la causa”.

em 1975 – na qual defendeu a tese de que a sentença não motivada é juridicamente inexistente, e não “meramente” nula –,⁸⁰ afirma a compatibilidade dos filtros de relevância com as garantias fundamentais do processo, o que inclui a da motivação (art. 111, §6, da Constituição italiana).⁸¹

IX. CONCLUSÃO

Como forma de preservar suas funções e sua autoridade institucional, cortes supremas necessitam de mecanismos moderadores da criação de precedentes – isto é, de uma calibragem na motivação das decisões negativas de seus filtros de relevância –, a fim de que seus pronunciamentos não sejam banalizados e possam ser observados e seguidos.

No exercício dos seus filtros de relevância, a Suprema Corte dos EUA e o Tribunal Constitucional Federal alemão não são obrigados a motivar as decisões pelas quais inadmitem recursos, desde que o façam por *quorums* qualificados. Na Corte de cassação francesa, a inadmissão pode ocorrer por decisões “não especialmente motivadas” (CPC francês, art. 1.014), prática já validada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. No Reino Unido, as justificativas da Suprema Corte para denegar a *permission to appeal* são genéricas e não possuem valor como precedente. Na Argentina, a inadmissibilidade de recursos extraordinários pela Suprema Corte pode ocorrer apenas com a invocação do art. 280 do CPC. E a Corte de Cassação italiana, embora não conte com um filtro próprio de relevância, simplifica a motivação das decisões que não exercem função nomofilática.

É possível identificar algumas semelhanças e diferenças marcantes entre a repercussão geral brasileira e filtros de relevância estrangeiros. Entre as semelhanças, destaca-se a exigência de *quorum* qualificado para decisões negativas (CF, art. 102, § 3º), também presente na Suprema Corte dos EUA (*quorum* de 2/3) e no Tribunal Constitucional alemão (unanimidade nas Câmaras e 3/4 nos Senados), o que se justifica em razão da ampla discricionariedade envolvida na aplicação do filtro. No que toca às diferenças, salta aos olhos a ausência de motivação substancial das decisões negativas e a restrição de seus efeitos ao caso concreto, o

80 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2015, p. 383-386.

81 TARUFFO, Michele. Prólogo. In: GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. I, p. 20.

que não se verifica na prática atual do Brasil, em que as decisões negativas de repercussão geral são motivadas e produzem automaticamente efeitos sobre todos os processos que tratem do mesmo tema. Conquanto possa fazer sentido à primeira vista, a prática brasileira é problemática porque reduziu a repercussão geral a um instrumento de resolução de demandas repetitivas, o que gera inúmeros efeitos colaterais, inclusive a instituição de um “filtro de relevância oculto”.⁸²

Os filtros de relevância parecem ser uma forma de administrar não apenas a carga de trabalho, mas também a tensão existente entre o universalismo e o particularismo nas cortes supremas, a partir da relevância das questões tratadas: reconhecida a relevância, profere-se uma decisão motivada que se universaliza; do contrário, inadmite-se o recurso, mantendo-se a decisão particular dada pela instância recorrida, sem prejuízo da possibilidade de revisitar o tema no futuro, quando se poderá proferir uma decisão universalizável.⁸³ Esse modo de trabalho é plenamente compatível com a sistemática da repercussão geral atualmente vigente no direito brasileiro. É o que se procura demonstrar analiticamente em outro trabalho⁸⁴ que, como já dito, foi orientado pelo homenageado.

Tenho muitas razões pessoais para ser grato ao Min. Luís Roberto Barroso, que ocupou um papel muito importante na minha trajetória. Marcou a minha vida a oportunidade de servir ao STF em seu gabinete, com a única preocupação de “fazer o que é certo”, como ele costuma dizer, e ainda que nem sempre seja simples determinar “o que é certo”. De todas as contribuições que o Min. Luís Roberto Barroso deu ao Supremo Tribunal Federal desde a sua posse, sua insistente defesa de melhorias nos processos de trabalho da Corte é uma das mais significativas, o que torna justas as homenagens a ele.

82 Sobre o tema: REGO, Frederico Montedonio. *Repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 51-111.

83 Sobre o tema, cf. PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 79-133.

84 Sobre o tema: REGO, Frederico Montedonio. *Repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 51-111.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>>. Acesso em: 29 ago.2019.

_____. *O Supremo Tribunal Federal em 2016: o ano que custou a acabar*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170109-01.pdf>>. Acesso em: 29 ago.2019.

_____; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 695-713. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4824/3615>>. Acesso em: 29 ago.2019.

CABRAL, Antonio do Passo. Requisitos de relevância no sistema recursal alemão. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (coords.). *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 71-85.

CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. *O desenvolvimento dos modelos americano, alemão e brasileiro de controle de constitucionalidade e a “objetivação” processual: com destaque para o Writ of certiorari norte-americano, a Verfassungsbeschwerde alemã e a “objetivação” do recurso extraordinário brasileiro*. Dissertação de mestrado (IDP): Brasília, 2014.

CANIVET, Guy. *Vision prospective de la Cour de cassation*. 2006. Disponível em: <<https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2006/11/13/vision-prospective-de-la-cour-de-cassation/>>. Acesso em: 30 ago.2019).

_____. *La procédure d'admission des pourvois en cassation: bilan d'un semestre d'application de l'article L 131-6 du Code de l'organisation judiciaire*. 2002. Disponível em: <<https://www.courdecassation.fr/publi>>.

cations_26/discours_entretiens_2039/archives_2201/admission_pourvois_cassation_8424.html>. Acesso em: 30 ago.2019.

FRANKENBERG, Gunther. *Comparative law as critique*. Cheltenham: Elgar, 2016.

GIACOMET, Daniela Allam e. *Filtros de acesso a cortes constitucionais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. 2 t.

HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. *Revista Direito Público*, n. 2, p. 109, out./dez. 2003. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/452/Direito%20Publico%20n22003_Peter%20Haberle.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 ago.2019.

HOCKL, María Cecilia; DUARTE, David. *Competencias y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Legis Argentina, 2006.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; ANDRADE, Louise Dantas de; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. As (in)alterações do novo Código de Processo Civil na repercussão geral: apontamentos sobre a atuação do STF. *Revista CEJ*, ano XIX, n. 67, p. 78-84, set./dez. 2015).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte norte-americana: um modelo para o mundo? In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 239-251).

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REGO, Frederico Montedonio. *Repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. Vintage Books: New York, 2007. e-book.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2015.

WEBER, Jean-François. *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile*. Bulletin d'information, n. 702, p. 10-11, Cour de cassation, 2009. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2009_2866/no_702_3151/communication_3153/>. Acesso em: 30 ago.2019.

Ainda a Supremacia do Interesse Público

Gustavo Binenbojm

Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, advogado e parecerista.

RESUMO: Este artigo discute o dito princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, colocando em xeque a sua existência. Há situações em que posições jurídicas individuais prevalecem sobre aspirações coletivas, bem como outras em que o balanceamento dos interesses leva a soluções compromissórias.

ABSTRACT: This article discusses the so-called principle of public interest supremacy, putting its own existence at stake. There are situations in which individual rights prevail over collective aspirations, and others in which a balancing of interests results in compromise solutions.

PALAVRAS-CHAVE: supremacia; interesse público; ponderação.

KEY-WORDS: supremacy; public interest; balancing.

I. NOTA PRÉVIA

A minha geração deve muito a Luís Roberto Barroso. Como professor, por ter sido modelo e inspiração para nós que viemos depois. Como jurista, por ter desbravado os caminhos de um Direito público democrático, ainda em vias de se consolidar entre nós. Como advogado, por ter colocado o Direito a serviço das causas da liberdade e da igualdade. Como ministro do STF, pela busca sincera e constante da justiça nas linhas e entrelinhas da Constituição.

II. AINDA A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O Direito Administrativo é tradicionalmente explicado a partir da precedência da sociedade sobre o indivíduo, do público sobre o privado, ou da autodeterminação coletiva sobre a autodeterminação individual. Categorias como a *supremacia geral* do Estado sobre os cidadãos, ou a *sujeição geral* destes àquele, são tributárias de concepções coletivistas, costumeiramente aceitas de maneira acrítica por força da tradição, de preferências ideológicas e – desconfio até – por certa preguiça mental.

A tensão entre soberania popular (autonomia pública) e direitos individuais (autonomia privada) é resolvida pela filosofia política de duas formas distintas: de um lado, correntes derivadas do *republicanismo* e do *comunitarismo* dão primazia à autonomia pública e ao processo de deliberação coletiva para a definição do conteúdo dos direitos; de outro lado, correntes do *liberalismo* conferem precedência à autonomia privada e ao reconhecimento de direitos anteriores à etapa da deliberação democrática. O problema da primeira linha de pensamento é o risco da instrumentalização e do esvaziamento dos direitos individuais pela onipotência da coletividade; o da segunda é o apelo a concepções morais metafísicas ou solipsistas para legitimar direitos individuais pré-políticos.

A bem dizer, democracia e direitos fundamentais são elementos *cooriginariamente* constitutivos e legitimadores do Estado democrático de direito. Isso significa que existe uma *equiprimordialidade* entre as autonomias pública e privada, eis que elas guardam entre si uma relação de mútua pressuposição. Em outras palavras, o exercício da autonomia pública pressupõe cidadãos emancipados por direitos fundamentais que lhes confirmam autonomia; mas os contornos de tais direitos estão atrelados à constituição de um procedimento deliberativo por cidadãos independentes. Democracia e direitos fundamentais estão, portanto, *coimplicados*, na medida em que se relacionam de maneira dinâmica e maleável, exibindo conteúdos que se constituem reciprocamente.

As funções da Administração Pública são habilitadas e delimitadas, a um só tempo, pela necessidade de *estruturação interna* do sistema de direitos fundamentais – cuja consistência como sistema exige restrições que os limitem e os viabilizem, simultaneamente – e de *conformação* desses direitos à luz de *objetivos coletivos*, sob a forma da deliberação democrática. Não há,

portanto, em termos apriorísticos, nem *supremacia geral* em favor do Estado, nem *sujeição geral* em desfavor dos particulares, mas um plexo dúctil de *conformações possíveis* entre direitos individuais e metas coletivas, que fazem das funções administrativas um variado instrumental a serviço da realização *coordenada* da democracia e dos direitos fundamentais.

A invocação da *supremacia do interesse público sobre os interesses particulares* constitui-se, portanto, em recurso retórico inapto, em qualquer Estado democrático de direito, para equacionar adequadamente as distintas situações que envolvem as dimensões individuais e transindividuais da existência humana. Com efeito, há três razões básicas que evidenciam a visceral incompatibilidade da noção de supremacia do interesse público com o constitucionalismo democrático:

(i) a proteção de posições jurídicas individuais irredutíveis, identificadas, de modo geral, com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e, particularmente, da dignidade da pessoa humana;

(ii) a primazia *prima facie* dos direitos fundamentais sobre metas ou aspirações coletivas, ainda quando admitida a ponderação proporcional pela sistemática constitucional;

(iii) a polivalência da ideia de interesse público, que pode abarcar, em seu conteúdo semântico, tanto a preservação de direitos individuais como a persecução de objetivos transindividuais, que, de resto, se encontram invariavelmente conjugados ou imbricados. Portanto, não há sentido útil em aludir-se abstratamente à supremacia do interesse coletivo sobre o individual ou do público sobre o privado.

Cumprido examinar exemplos práticos que submetam as três razões acima a um teste de validade argumentativa.

Quanto ao item (i), é possível figurar um exemplo extraído da temática das desapropriações, cujo fundamento é associado, invariavelmente, à ideia de supremacia do interesse coletivo sobre os interesses individuais. A Constituição da República estabelece, no art. 184, a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social. Logo no art. 185, todavia, o constituinte declara *insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária*: (I) a pequena

e a média propriedade, assim definidas em lei, desde que seu proprietário não possua outra; e (II) a propriedade produtiva, a que a lei garantirá tratamento especial.

O Texto Constitucional, a um só tempo, permite a desapropriação como instrumento de promoção da reforma agrária, mas erige requisitos procedimentais e materiais para a sua implementação, numa espécie de *pré-ponderação* feita pelo próprio constituinte. O art. 185 institui regras dotadas de *eficácia bloqueadora* do poder expropriatório do Estado: no caso da pequena e da média propriedade, quando se constituírem em imóvel único do proprietário, assim como no caso da propriedade produtiva, a Constituição determina que os direitos individuais prevaleçam sobre eventuais interesses coletivos. O problema de um código dogmático dicotômico como a supremacia do interesse público é a perplexidade gerada por situações em que posições jurídicas individuais são protegidas em seu conteúdo mínimo ou essencial, inviabilizando qualquer limitação ou restrição em favor de interesses coletivos. É claro que os defensores da supremacia dirão que o princípio comporta exceções, que seu conteúdo deve ser ponderado com direitos individuais etc. Mas algum estudante de espírito livre poderia também sustentar, nessas situações, a existência de um princípio da supremacia dos interesses individuais sobre os coletivos, também sujeito a exceções ou a ponderações em cada caso. Afinal, diria o estudante, a regra geral da Constituição é a proteção ao direito de propriedade, sendo excepcional a possibilidade de sua supressão pelo Poder Público, nos casos e sob as condições previstas em lei.

Por evidente, há casos e situações em que o papel do Poder Público será o de proteger e até promover direitos individuais, sobretudo quando estes forem dotados de um elevado coeficiente de interesse público. Aliás, o parágrafo único do art. 185 da Constituição dá um bom exemplo, ao determinar ao legislador que confira tratamento especial à *propriedade produtiva*. Ou seja, protegê-la, jurídica e materialmente, e até mesmo promovê-la, por meio de políticas públicas setoriais, linhas de crédito, infraestrutura adequada, acesso a novas tecnologias que tornem o agronegócio no país mais eficiente, por exemplo. As *externalidades positivas* decorrentes do aumento da produtividade rural, como a geração de emprego e renda em toda a cadeia produtiva, justificam a atuação estatal. Esse é também um exemplo importante para ilustrar o item (iii). Com efeito, há uma lista extensa de direitos individuais

cuja proteção e promoção incumbem também ao Estado, dada a sua evidente imbricação com o interesse de toda a coletividade. Assim se dá, por exemplo, com a liberdade de expressão, de pensamento, criação intelectual e artística, de locomoção e de exercício profissional. A ação protetiva e promocional do Estado se dá em favor de cada um e de todos, a um só tempo.

No que se refere ao item (ii), há um variado cardápio de exemplos em que a solução do conflito entre o indivíduo e a sociedade envolve juízos de ponderação que ora pendem para um lado, ora para outro. No campo dos contratos administrativos, é conhecida a cláusula exorbitante que relativiza a possibilidade de utilização da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido) pelo particular contra o Estado. O art. 78, inciso XV, da Lei nº 8.666/1993 assegura ao contratado, em caso de atraso nos pagamentos superior a 90 dias, o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação. Isto é, há um prazo de tolerância para a mora administrativa de três meses, dentro do qual fica interdita a possibilidade da paralisação das atividades pelo particular. Vencido tal prazo, abre o legislador ao contratado a alternativa entre postular a rescisão contratual ou lançar mão da exceção do contrato não cumprido.

A aplicação da lógica dicotômica nos levaria a reconhecer uma suposta supremacia do interesse público até o 90º dia de atraso no pagamento, e uma suposta supremacia do interesse particular a partir do 91º dia de mora. Isso, evidentemente, não faz nenhum sentido. O legislador fez apenas um balanceamento dos interesses em jogo: limitou o exercício da *exceptio* por um prazo que entendeu razoável (pensando certamente na importância da continuidade das atividades administrativas para os cidadãos), mas liberou o particular para exercê-la vencido tal prazo, pois nenhuma empresa seria capaz de cumprir suas obrigações se estivesse condenada a ter de suportar o inadimplemento de seus contratantes por longo prazo.

O problema é a forma de enxergar a questão e a insistência com a pergunta do tipo *tudo ou nada*: afinal, de quem é a supremacia, do público ou do privado, da sociedade ou do indivíduo? Afinal o copo está meio cheio ou meio vazio? O erro está na pergunta. E não há resposta certa para a pergunta errada.

A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Resolução dos Conflitos na Contemporaneidade

Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, IBMEC e Estácio. Martin-Flynn Global Law Professor at University of Connecticut School of Law. Professor Emérito e Diretor Acadêmico da FEMPERJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Assessor Internacional da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro.

RESUMO: O presente texto examina a questão do acesso à justiça, a partir das lições de Mauro Cappelletti, passando pelas referências do Direito brasileiro até chegar aos problemas atuais da contemporaneidade, num cenário pós CPC 2015. A partir daí é vista releitura do conceito de jurisdição a partir do art. 3º do CPC e a consolidação do sistema multiportas no Direito brasileiro.

ABSTRACT: The text examines the issue of access to justice, from the lessons of Mauro Cappelletti, through the references of Brazilian law until reaching the current problems of contemporaneity, in a post CPC 2015 scenario, and taking into account the consolidation of the multiport system in Brazilian law.

PALAVRAS-CHAVE: acesso; justiça; conflitos; resolução

KEYWORDS: access; justice; conflicts; resolution

1. O ACESSO À JUSTIÇA COMO ASPECTO DO ESTADO DE DIREITO

Cândido Rangel Dinamarco destaca, desde há muito, a relevância de se emprestar “interpretação evolutiva aos princípios e garantias constitucionais do processo civil”, reconhecendo que “a evolução das ideias políticas e das fórmulas de convivência em sociedade” repercute necessariamente na leitura que deve ser feita dos princípios processuais constitucionais a cada época¹.

Com essa base, é imperioso que se reconheça o acesso à justiça como princípio essencial ao funcionamento do Estado de direito². Isso porque um Estado estruturado sob esse postulado deve garantir, na sua atuação como um todo, isonomia substancial aos cidadãos. Na função jurisdicional, esse dever de igualdade se expressa, precisamente, pela garantia de acesso à justiça.

Tal garantia, nas palavras de Dinamarco, “figura como verdadeira cobertura geral do sistema de direitos, destinada a entrar em operação sempre que haja alguma queixa de direitos ultrajados ou de alguma esfera de direitos atingida”³.

Nesse sentido, o processo aparece como aspecto dinâmico, essencial para que o Estado atinja seus fins no exercício da jurisdição. Esses fins, chamados escopos da jurisdição, são de três ordens: social, política e jurídica.

Quanto à questão social, há dois objetivos: primeiro, informar aos cidadãos quanto aos seus direitos e obrigações, criando um vínculo de confiança com o Poder Judiciário; e segundo, a resolução de conflitos, valendo-se da tutela jurisdicional para alcançar a pacificação social.

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 246.

2 O movimento do acesso à justiça e a sistematização de suas Ondas Renovatórias representou uma profunda mudança social, política e jurídica. O trecho adiante transcrito expressa com nitidez a profundidade e a sofisticação do pensamento de Cappelletti: “come movimento di pensiero, l’accesso alla giustizia ha espresso una forte reazione contro un’impostazione dogmatico-formalistica che pretendeva di identificare il fenomeno giuridico esclusivamente nel complesso delle norme, essenzialmente di derivazione statale, di un determinato Paese. Il dogmatismo giuridico è stato una forma degenerativa del positivismo giuridico, che ha portato non soltanto ad una semplificazione irrealistica del diritto, ridotto appunto al suo aspetto normativo – *jus positum* – trascurandone così gli altri non meno essenziali elementi: soggetti, istituzioni, procedimenti; ma ha portato altresì ad una non meno irrealistica semplificazione dei compiti e delle responsabilità del giurista, giudice, avvocato, studioso, compiti che, secondo quella impostazione, dovrebbero limitarsi ad una mera, asettica, passiva e meccanica conoscenza ed applicazione delle norme nella vita pratica, nell’insegnamento e nell’analisi scientifica”. CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della Giustizia nelle società Contemporanee*, Bologna: Mulino, 1994, pp. 72/73.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. op. cit. p. 112.

No plano político, o escopo da jurisdição seria concretizar o poder de império estatal. Ao mesmo tempo, limitaria esse poder e conformaria seu exercício, para proteger a liberdade.

Por último, o escopo jurídico da jurisdição está representado na noção de processo justo, capaz de dar efetividade à realização do direito material.

O processo justo⁴, em um ambiente democrático e constitucional, não pode perder de vista que o procedimento é uma estrutura de formação de decisões. Por isso, é necessário que o ambiente processual seja de intenso e verdadeiro debate, sem que se imponha a superioridade do Estado-juiz. Dessa forma, o cidadão deve ser visto como participante, não apenas o destinatário do exercício da função estatal, aplicando-se o princípio da igualdade.

É imperioso, destarte, que o magistrado aja para assegurar, na formação da decisão, uma efetiva participação e influência de todos os sujeitos processuais. Apenas dessa forma, o processo também poderá ser considerado justo em seu aspecto participativo e policêntrico⁵.

2. A PROBLEMATIZAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA

Não se pode esquecer que, historicamente, a problematização das questões relacionadas ao acesso à justiça⁶ originaram-se em um projeto de 1971, na cidade de Florença, Itália, com a Conferência Internacional relativa às garantias fundamentais das partes no processo civil⁷.

No decorrer daquela década, o estudo teve continuidade, tratando dos temas da assistência judiciária aos hipossuficientes, da proteção aos in-

4 COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Conrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni Sul Processo Civile*, Bologna: Il Mulino, 1998, pp. 55/95.

5 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação*: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais, Curitiba: CRV, 2017, p. 49.

6 Cappelletti, em um de seus primeiros textos sobre a matéria, elenca como principais barreiras ao efetivo acesso à justiça os honorários advocatícios, as custas e despesas judiciais, as pequenas causas e a longa duração do processo. CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends, in 25 *Stanford Law Review*, May, 1973, p. 683, acesso via www.westlaw.com, em 15 de março de 2012.

7 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective* — a General Report. *Access to Justice: A World Survey*. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

teresses difusos e, finalmente, da necessidade de implementação de novas soluções processuais⁸.

Esse movimento foi, então, difundido internacionalmente por Mauro Cappelletti, ganhando substância crítica a partir da utilização do método comparativo⁹. Nesse contexto, cumpre-se fazer um breve esclarecimento sobre as posições identificadas no bojo do movimento, para se compreender melhor esse verdadeiro despertar da ciência processual para os problemas sócio-jurídicos enfrentados pelos países ocidentais¹⁰.

Sem dúvida, o acesso à justiça é direito social básico dos indivíduos. Contudo, esse direito não está restrito ao mero acesso aos órgãos judiciais e ao aparelho judiciário estatal. Muito além disso, deve representar um efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Esse entendimento, trazido por Kazuo Watanabe¹¹, é de fundamental importância para a compreensão do movimento e para uma atuação sistemática e lúcida¹².

8 “Le concept d'accès à la justice pose des questions qui sont cruciales non seulement pour les praticiens du droit et pour les spécialistes de la procédure civile, mais aussi pour la société dans son ensemble. Des intérêts sociaux qui se contrarient rendent cependant ces questions difficiles à résoudre. D'une part l'on souhaite faciliter l'accès aux tribunaux et aux organismes administratifs à des personnes ou des groupes désavantagés qui jusqu'ici n'ont pas été en mesure de tirer vraiment profit de ces institutions. On a dû reconnaître que la possibilité de saisir ces institutions était au XIXe siècle un droit purement théorique, mal conçu, car l'accès à la justice était, en fait, refusé à une grande part de la population; aussi s'est-on efforcé au XXe siècle, toujours davantage, d'aller au-delà de la reconnaissance d'un droit purement formel. Cette préoccupation, pourtant, a fait naître de nouveaux problèmes”. CAPPELLETTI, Mauro. (org.). *Accès à la justice et état-providence*, Paris: Economica, 1984, p. 15.

9 Vale a pena transcrever as palavras de Cappelletti ao reconhecer a enorme importância do método comparativo em seu trabalho: “È appena il caso di sottolineare l'enorme importanza dello studio comparativo in quest'opera di progettazione di riforme. L'analisi comparativa esercita infatti, nelle scienze social, lo stesso ruolo del laboratorio sperimentale nelle scienze naturali, perché rende possibile la sperimentazione di soluzioni adottate da vari Paesi, la ricerca delle ragioni di successi e insuccessi, la scoperta, infine, di grandi tendenze evolutive e quindi la previsione delle probabili direzioni future. Il método comparativo aiuta, fra l'altro, a superare, con critério realistici e non meramente speculativi, i limiti e le inadeguatezze, da un lato, di un puro empirismo nella ricerca dei dati – una ricerca nella quale il diritto positivo è accolto avalutativamente – e dall'altro lato, di un método di valutazione astratta e aprioristica, tipico delle tradizionali impostazioni giusnaturalistiche”. CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della Giustizia nelle società Contemporanee*, Bologna: Mulino, 1994, p. 79.

10 CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant (tradução de Ellen Gracie Northfleet). *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 31.

11 WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*, in *Participação e Processo*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

12 “Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa (ainda, Kazuo Watanabe), ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não melhoram efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. Op. Cit. p. 112.

Nesse contexto, inserem-se as propostas do novo Código de Processo Civil, em perspectiva mais consciente, de forma a se aprimorar a técnica e a substância do direito processual como meio essencial para que se permita o acesso à tão proclamada ordem jurídica justa.

Ainda na teoria de Kazuo Watanabe, compõem o direito de acesso à justiça: (a) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente, a cargo de especialistas, orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (b) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (c) direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (d) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características.

Essa estruturação torna forçosa a conclusão de que os institutos processuais precisam, realmente, sofrer revisão e aprimoramento. Só assim, pode-se construir um instrumento cada vez mais eficaz rumo ao processo justo¹³.

Os óbices que impedem a efetividade do acesso à justiça são de várias ordens. O primeiro deles é a questão econômica, nela incluídos os custos e o tempo dispendido durante o procedimento. Os honorários contratuais do advogado e as taxas judiciárias, por vezes, podem, especialmente nas causas de menor monta, ser significativos frente ao bem da vida discutido.

A demora na prestação jurisdicional também onera economicamente o processo, seja por pressionar as partes hipossuficientes a abandonar suas pretensões ou por forçá-las a acabar aceitando acordo em patamar muito inferior ao dano experimentado. A excessiva delonga das demandas, também, perpetua os conflitos sociais em vez de contribuir para sua pacificação¹⁴.

Outra barreira ao acesso à justiça é a questão geográfica. Configura-se pela dificuldade de um indivíduo, sozinho, postular direitos da coletividade e pela dispersão das pessoas afetadas, impedindo a formulação de estratégia jurídica comum.

13 GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Trabalho disponível no site <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto165.htm>; acesso em 02 de maio de 2006.

14 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Tese de cátedra em Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1999.

Um terceiro óbice a ser enfrentado é o de ordem burocrática. Trata-se da dificuldade de o indivíduo, muitas vezes, tendo um único processo em toda vida, estar em juízo contra litigantes habituais. Dentro desse óbice, encontram-se também as barreiras institucionais, representadas pela percepção da autoridade judiciária como única capaz de resolver as controvérsias, e pelo desconhecimento quanto aos ritos processuais¹⁵.

Não se pode perder de vista, ainda, que as barreiras suscitadas não se mostram autônomas e incomunicáveis. Pelo contrário, elas têm íntima relação, e qualquer solução aventada deve tratar de todos os problemas em conjunto.

Nessa configuração, ainda, esses embaraços acabam por atingir, de forma extremamente mais gravosa, os litigantes individuais, em especial os mais pobres, e as causas de conteúdo econômico diminuto. Portanto, é a partir dessa realidade, prioritariamente, que se deve pensar o acesso à justiça e estruturar as políticas para lhe trazerem efetividade.

Não obstante toda a preocupação dos processualistas com a ideia do acesso à justiça, há muito a doutrina se debruça sobre a possibilidade de expandir os limites¹⁶ desse acesso para além das fronteiras do Poder Judiciário. Vamos, nos itens seguintes, explorar um pouco mais essa perspectiva.

3. O ACESSO À JUSTIÇA E O USO DAS FERRAMENTAS EXTRA-JUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Novo Código de Processo Civil trouxe, em seu art. 3º, o comando de que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, enquanto o texto constitucional, em seu art. 5º, XXXV, entende que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Embora haja similitude entre as duas redações, uma leitura mais atenta revela que o comando infraconstitucional busca oferecer uma ga-

15 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação*: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais, Curitiba: CRV, 2017, p. 72.

16 “Si va diffondendo ovunque la consapevolezza che la moderna società complessa non può più accontentarsi dei modi tramandati di amministrare la giustizia, applicando il diritto dato, ovvero “creandolo” nei precedenti, ad opera di giudici “tradizionali” in un contesto processuale altamente formalizzato, che richiede la mediazione di specialisti costosi. Occorre battere altre strade, più veloci, più economiche, più semplici, più vicine ai bisogni e, perché no, anche ai modi di sentire dei cittadini (o meglio, di alcune categorie di cittadini) coinvolti in una controversia. In certe situazioni è opportuno oggi “fuggire” dalla giurisdizione. Affrontare in modi alternativi numerose categorie di controversie sarebbe vantaggioso per gli utenti, ma anche per l’amministrazione della giustizia statale. Essa finirebbe con il recuperare efficienza concentrandosi sulle materie per le quali il suo intervento è insostituibile”. CHIARLONI, Sergio. La Giustizia Civile e i suoi Paradossi, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. XIV, Ano 8, jul-dez/2014, p. 671.

rância mais ampla, extrapolando os limites do Poder Judiciário, a quem incumbe prestar a jurisdição, mas não como um monopólio¹⁷.

A função jurisdicional representa o dever estatal de dirimir conflitos, abarcando as modalidades chiovendiana, de atividade substitutiva¹⁸, e carneluttiana, de resolução de conflitos¹⁹.

Contudo, na construção clássica, o Judiciário apenas atua na forma negativa, ou seja, dirimindo conflitos com a imposição de vontade do juiz, determinando um vencedor e um vencido²⁰.

Por isso, o art. 3º do NCPC, ao se referir à apreciação jurisdicional, vai além do Poder Judiciário e da resolução de controvérsias pela substitutividade. O dispositivo passa a permitir outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores²¹.

Desse modo, a jurisdição, outrora exclusiva do Poder Judiciário, pode ser exercida por serventias extrajudiciais ou por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais.

Dentro do contexto, ganha força também a jurisdição voluntária extrajudicial²², que será vista no próximo tópico.

Nesse sentido, destaca-se a posição de Leonardo Greco²³, segundo a qual a jurisdição é a “função preponderantemente estatal, exercida por

17 LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo, o tempo na arbitragem, in *A Arbitragem na Era da Globalização*, livro coordenado pelo professor José Maria Rossani Garcez, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5.

18 “Pode definir-se jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. vol. II. Campinas: Bookseller, 2002. p. 8.

19 “A influência que faz desdobrar o interesse externo para determinar a composição espontânea dos conflitos nem é pequena, nem pode ser desprezada. Pelo contrário, uma observação profunda sobre os regimes dos conflitos interindividuais, intersindicais e internacionais parece-me que deve levar a comprovar que, à medida em que a civilização progride, há menos necessidade do Direito para atuar a solução pacífica do conflito, não apenas porque cresce a moralidade, como também, e mais por tudo, porque aumenta a sensibilidade dos homens perante o supremo interesse coletivo.” CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, vol. 1, 2004. p. 63.

20 ALCALÁ-ZAMORA, Niceto y Castillo. *Estudios de teoría general del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Disponível em: <<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1049>>. Acesso em: 13 ago. 2015, p.127.

21 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 254, Abr/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 20.

22 LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, S. A., 1961. p. 36. Veja-se, também, PRATA, Edson. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: Ed. Universitária, 1979, p. 55.

23 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, vol. I, 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69.

um órgão independente e imparcial, que atua a vontade concreta da lei na justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares”.

A jurisdição é essencialmente uma função estatal. Por isso, em momentos históricos diversos, desde a Antiguidade, passando pelas Idades Média, Moderna e chegando à Contemporânea, o Estado, invariavelmente, chamou para si o monopólio da jurisdição, sistematizando-a, a partir de Luís XIV. A atuação jurisdicional, então, era um poderoso mecanismo para assegurar o cumprimento das leis.

No entanto, Leonardo Greco²⁴ admite que a jurisdição não precisa ser, necessariamente, uma função estatal.

É claro que não se pode simplesmente desatrelar a jurisdição do Estado, até porque, em maior ou menor grau, a dependência do Estado existe, principalmente para se alcançar o cumprimento da decisão não estatal. Por outro lado, podemos pensar no exercício dessa função por outros órgãos do Estado²⁵ ou por agentes privados²⁶.

Nessa ótica, percebe-se o fenômeno da desjudicialização enquanto ferramenta de racionalização da prestação jurisdicional e ajuste ao cenário contemporâneo²⁷, o que leva, necessariamente, à releitura²⁸, à atualização²⁹, ou ainda a um redimensionamento³⁰ da garantia constitucional à luz dos

24 GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 70. “a composição de litígios e a tutela de interesses particulares podem ser exercidas por outros meios, por outros órgãos, como os órgãos internos de solução de conflitos, estruturados dentro da própria Administração Pública, compostos de agentes dotados de efetiva independência, e até por sujeitos privados, seja por meio de arbitragem, seja pela justiça interna das associações”.

25 “Assim como a normatividade não é monopólio do Legislativo, a realização do justo não é monopólio do Judiciário. Há lugar para a mediação, para a arbitragem, para a negociação, para o juiz de aluguel e outras modalidades de solução dos conflitos”. NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 100

26 “O sentido contemporâneo da palavra jurisdição é desconectado – ou ao menos não é acoplado necessariamente – à noção de Estado, mas antes sinaliza para um plano mais largo e abrangente, onde se hão de desenvolver esforços para (i) prevenir formação de lides, ou (ii) resolver em tempo razoável e com justiça aquelas já convertidas em processo judiciais”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

27 CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 36.

28 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Novo CPC e a Mediação: reflexões e ponderações. *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n. 190, tomo I, abr./jun. 2011, p. 219/236.

29 “Sem embargo, para que essa expressão – acesso à Justiça – mantenha sua atualidade e aderência à realidade sócio-político-econômica do país, impende que ela passe por uma releitura, em ordem a não se degradar numa garantia meramente retórica, tampouco numa oferta generalizada e incondicionada do serviço judiciário estatal”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit, p. 55.

30 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 111.

princípios da efetividade³¹ e da adequação³². Já chamamos a atenção para esse fenômeno em outra oportunidade³³.

O próprio Cappelletti³⁴ defendeu o desenvolvimento da justiça coexistencial³⁵, mesmo sem a participação e controle do Estado³⁶, de acordo com o tipo de conflito³⁷.

À luz do conceito moderno de acesso à justiça, o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve passar por uma releitura³⁸, não ficando limitado ao acesso ao Judiciário, mas se estende às possibilidades de solu-

31 PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Experiência Italo-Brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, texto disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/>, Vol. 8, 2011, pp. 443/471.

32 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, n° 195, ano 2010.

33 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o Código de Processo Civil projetado, in *Revista de Processo*, ano 37, vol. 207, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 213/238.

34 “Mas a temática daquilo a que chamei a ‘terceira onda’ vai muito mais além dessas formas de simplificação dos procedimentos e dos órgãos de justiça. Muito importante é a substituição da justiça contenciosa por aquela que denominei de justiça coexistencial, isto é, baseada em formas conciliatórias”. CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas*, Revista Forense n° 318 p. 123.

35 Em uma de suas mais felizes passagens, pontifica o Mauro Cappelletti: “o recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira ‘onda’ desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente enfoque de acesso à justiça porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”. CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 31.

36 “Mas há outra razão que acentua a atualidade dessa forma ‘coexistencial’ ou ‘social’ de justiça: ela consiste justamente na ‘privatização’ dos conflitos criticada por Denti. Não sei se o ilustre Amigo é ainda da mesma opinião. Hoje, contudo, parece-me que a lição da história dos últimos anos vai precisamente no sentido da oportunidade de pôr um limite às intervenções da máquina do Estado, que com frequência se revelou demasiado lenta, formal, rígida, burocraticamente opressiva”. CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*. Revista de Processo. n. 65, jan/mar 1992, p. 134

37 “Le recours à la médiation, se substituant à l’exercice d’actions en justice, a pris une importance considérable dans les réformes et expériences faites récemment aux Etats-Unis, au niveau local avec les tribunaux de communautés ou les Neighborhood Justice Centers, et aussi en rapport avec la protection des intérêts diffus avec des procedes tels que l’environmental mediation”. CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Accès à la justice et état-providence*. Economica, Paris, 1984, p. 29.

38 “O acesso à justiça não está vinculado necessariamente à função judicial e, muito menos, ao monopólio estatal da justiça. A terceira onda renovatória do processo civil tratou da ampliação do acesso à justiça, prestigiando métodos auto e heterocompositivos. Todavia, o Brasil ainda não alcançou essa terceira fase do processo civil, tendo em vista que prestigia somente o meio judicial de solução de conflito, confinando o acesso à justiça às portas dos tribunais, que abarrotados de processos, não garantem uma prestação jurisdicional eficiente”. SANTANNA, Ana Carolina Squadri. *Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflitos*. 2014. Dissertação. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 131.

cionar conflitos no âmbito privado. Nessas searas, também devem ser asseguradas a independência e a imparcialidade do terceiro que irá conduzir o tratamento do conflito³⁹.

Como já temos falado em diversas oportunidades⁴⁰, a via judicial deve estar sempre aberta, mas isso não significa que ela precise ser a primeira ou única solução. O sistema deve ser usado subsidiariamente, até para evitar sua sobrecarga, que impede a efetividade⁴¹ e a celeridade⁴² da prestação jurisdicional.

Não é compatível com as modernas teorias sobre o Estado Democrático de Direito a ideia de que o processo em juízo seja a forma preferencial de solução de controvérsias⁴³, nada obstante essa visão, quer seja pela tradição, ou mesmo pelo receio da perda de uma parcela de poder, mantenha-se em alguns seguimentos⁴⁴.

39 GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. I, 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 71.

40 “Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito. Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o ‘call center’ de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao Juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa. Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, acolhendo a ideia da adequação, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário. Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. Disponível no endereço eletrônico: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em 11/10/2014

41 MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. Op. cit., p. 51

42 “Nesse contexto, demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, tendem a se desenvolver outros procedimentos jurisdicionais, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar a celeridade, informalização e pragmatividade”. SPENGLER, Fabiana Marion. Da jurisdição à mediação. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Editora Ijuí, 2010, p. 104

43 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo, v. 254, Abr/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27.

44 “A inflacionada demanda por justiça é um fenômeno complexo, que parte sobretudo, de uma dependência social dos Tribunais, seja por uma cultura demandista especialmente notada em países do sistema civil law, seja pelo incentivo estatal, que temendo a perda do monopólio, faz o Poder Judiciário propagar a ideia de que somente ele é capaz de proporcionar uma solução eficaz dos conflitos, percebido quando se promove por exemplo, a incorporação das ADRs aos Tribunais”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A institucionalização da mediação é a panacea para a crise do acesso à justiça? Disponível no endereço eletrônico: www.publicadireito.com.br. Acesso em 08/10/2013

Por vezes, é também trazido o argumento de que, fora do Poder Judiciário, pode haver perda⁴⁵ considerável da qualidade das garantias constitucionais⁴⁶ ou, o que é pior, da qualidade da prestação jurisdicional⁴⁷.

Essa é uma questão de suma importância⁴⁸, complexa⁴⁹, e que ainda carece de maior reflexão no Brasil, apesar de um notável desenvolvimento da doutrina pátria nesse sentido⁵⁰.

Nesse contexto, é preciso assentar a ideia de um Estado-juiz minimalista⁵¹. Cabe ao juiz assumir seu novo papel de gerenciador do conflito, de modo a orientar as partes, mostrando-lhes o mecanismo mais adequado para tratar aquela lide específica⁵².

45 DENTI, Vittorio. I Procedimenti non Giudiziali di Conciliazione come Istituzioni Alternative, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1980, p. 410.

46 Fiss assim manifesta sua descrença na solução alternativa dos conflitos: “I do not believe that settlement as a generic practice is preferable to judgment or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis. It should be treated, instead, as a highly problematic technique for streamlining dockets. Settlement is for me the civil analogue of plea bargaining: consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgment renders subsequent judicial involvement troublesome; and although dockets are trimmed, justice may not be done. Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised”. FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal*, may 1984, p. 1075.

47 Novamente, Fiss resume suas preocupações: “To be against settlement is not to urge that parties be ‘forced’ to litigate, since that would interfere with their autonomy and distort the adjudicative process; the parties will be inclined to make the court believe that their bargain is justice. To be against settlement is only to suggest that when the parties settle, society gets less than what appears, and for a price it does not know it is paying. Parties might settle while leaving justice undone”. FISS, Owen M. *op. cit.*, p. 1.085.

48 COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali, in *Revista de Processo*, vol 99, pp. 249/293

49 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *La Mediación en la Actualidad y en el Futuro del Proceso Civil Brasileño* (Libro: Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Siglo XXI, Tomo I - Mediación, organizado por: Fernández Canales, Carmen; García Villaluenga, Leticia; Vázquez de Castro, Eduardo; y Tomillo Urbina, Jorge Luis. Editorial Reus, Madrid, 2010, pp. 351-366.

50 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. *Revista Confluencia: Análisis, Experiencias y Gestión de Conflictos*, vol. 2, 2014, pp. 74/88.

51 “A segunda tensão dialéctica ocorre entre o Estado e a sociedade civil. O Estado moderno, não obstante apresentar-se como um Estado minimalista, é, potencialmente, um Estado maximalista, pois a sociedade civil, enquanto o outro do Estado, auto-reproduz-se através de leis e regulações que dimanam do Estado e para as quais não parecem existir limites, desde que as regras democráticas da produção de leis sejam respeitadas. Os direitos humanos estão no cerne desta tensão: enquanto a primeira geração de direitos humanos (os direitos cívicos e políticos) foi concebida como uma luta da sociedade civil contra o Estado, considerado como o principal violador potencial dos direitos humanos, a segunda e terceira gerações (direitos económicos e sociais e direitos culturais, da qualidade de vida, etc) pressupõem que o Estado é o principal garante dos direitos humanos”. SANTOS, Boaventura Sousa. As tensões da modernidade. *Fórum Social Mundial*. Disponível no endereço eletrônico www.susepe.rs.gov.br. Acesso em 28/01/2014, p. 19.

52 “É comum ouvir acerca do descrédito no Poder Judiciário e sobre casos de injustiça patente, a ponto de banalizar-se e crer-se tal fato como irremediável e normal, Tal situação gera um descontrolo e cria maior zona de conflitos, quando muitos se aproveitam dessa morosidade para descumprir as leis, desrespeitar contratos e não cumprir deveres e obrigações, criando um ciclo vicioso no qual, quanto maior a duração do processo pelo seu excessivo número, em mais casos é o

Por outro lado, Judith Resnik⁵³ destaca a necessidade de que, paralelamente aos meios adequados de solução do conflito, é preciso que se continue desenvolvendo o processo judicial, sob pena de causar uma distorção autoritária, em que não haverá, de fato, opção para o jurisdicionado.

Taruffo⁵⁴ faz a mesma ressalva ao examinar o ordenamento italiano e as recentes iniciativas em favor dos meios consensuais.

Fixadas essas premissas, vamos tratar das formas de desjudicialização previstas no ordenamento brasileiro.

Primeiramente há uma questão terminológica: se a desjudicialização pode ser caracterizada como instrumento autônomo de resolução de conflitos⁵⁵.

O ordenamento escolhe conceder tratamento diverso à pretensão que poderia vir a ser resistida e originária a lide que iria ocasionar o nascimento da demanda. Chega-se a um consenso pela atividade negocial das partes ou pela intervenção de um terceiro (conciliação ou mediação), valendo-se das ferramentas extrajudiciais⁵⁶.

Judiciário obrigada a intervir. Entendemos que a jurisdição civil deva ficar reservada a casos extremamente necessários e nos quais a solução dependa da chancela, supervisão ou decisão estatal. A chamada jurisdição voluntária deve ser revista, assim como situações em que é injustificável a intervenção estatal, privilegiando-se as formas de solução de conflito alternativas (câmaras de conciliação, arbitragem, juizados cíveis especializados etc.)". HOFFMAN, Paulo. Razoável duração do processo. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 23.

53 "One explanation of why discontent with adjudication has begun to put up its head in eclipse can be put simply: backlash. Under this analysis, the increase in access to adjudication had an enormous effect, and those who felt its power did not like it. (...) Repeat players, with the ability and resources, and now with the personnel in Congress and in the federal courts, have been able to limit adjudication because it has proved so effective in curbing groups' prerogatives" RESNIK, Judith. For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. Yale Law School Legal Scholarship Repository, Disponível no endereço eletrônico http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/762, Acesso em 11/10/2013

54 "Anche in Italia è però giunta, in questi ultimi anni, la moda dell'ADR. In parte si tratta di un fenomeno di mera imitazione culturale dei modelli nordamericani, scoperti con qualche decennio di ritardo rispetto al momento della loro miglior fortuna. In parte, e questo è l'aspetto più rilevante, ciò deriva dall'incapacità del legislatore – di cui si è già discusso – di apprestare strumenti rapidi ed efficaci di tutela giurisdizionale, e di governare il carico di lavoro – spesso eccessivo – dei tribunali. Ne deriva che in questi ultimi anni il legislatore va tentando in tutti i modi di indurre i cittadini a servirsi dei metodi alternativi (soprattutto la conciliazione, ma anche l'arbitrato) e ad evitare di rivolgersi alla giustizia ordinaria. Non è possibile entrare qui nei dettagli di questo fenomeno, ma è chiaro il messaggio che il legislatore sta inviando ai cittadini: "poiché il processo è lento ed inefficiente, e non si riesce a migliorare la situazione, cercate di risolvere le vostre controversie fuori dalle aule di giustizia". TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, 2009, pp. 86-87.

55 PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. **Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa**, Coimbra, v. 171, p. 14, abr/2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

56 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015, Revista de Processo, v. 254, Abr/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 29.

4. A CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

Após o advento do NCPC, apoiado na base ideológica de privilegiar o acesso à justiça e a duração razoável do processo, tivemos ainda a edição da Lei de Mediação e da lei que reformou pontos específicos do procedimento da arbitragem.

Anote-se que o Código de Processo Civil de 2015 regula a mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário (*court connected mediation*), implementando o sistema multiportas⁵⁷.

Os meios adequados de solução de controvérsia apresentam-se, desde a segunda metade do século XX, como a melhor saída para os problemas de lentidão e inefetividade da justiça estatal⁵⁸.

No CPC/73, houve a previsão da audiência preliminar, no art. 331, dispositivo esse que passou por alterações, primeiro pela Lei n° 8.952/94 e, posteriormente, pela Lei n° 10.444/2002⁵⁹.

Com os Juizados Especiais, a conciliação novamente ganhou força, prevendo o antigo Juizado Especial de Pequenas Causas, em seu art. 2°, que se buscaria, sempre que possível, a conciliação⁶⁰.

57 “O modelo multiportas é essencialmente democrático e participativo. Ele parte da noção de empoderamento e de que o cidadão deve ser o principal ator da solução de seu conflito. No processo civil tradicional a parte é um sujeito passivo, que não se manifesta ou atua no processo. De modo geral, apenas fala através de seu advogado, por petições escritas. No modelo multiportas ela tem a chance de falar diretamente, de expor suas preocupações, objetivos e interesses, para que possa diretamente construir a solução de seu conflito. Adotar este modelo é uma alteração na própria lógica tradicional de atuação do Poder Judiciário perante a sociedade. As perspectivas que se descortinam têm sentido e alcance democrático. Do ponto de vista teórico, embora a opção por um modelo de audiência de mediação ‘quase-obrigatória’ seja passível de críticas, o NCPC criou um desenho adequado para a implantação do modelo multiportas no Brasil. Contudo, a lei, por si só, não basta. Ela não é capaz de efetivamente implantar o modelo no país. É preciso avançar em diversos sentidos. Não é fácil o caminho para o bom funcionamento dos mecanismos adequados de resolução de disputas de maneira integrada ao processo adjudicatório tradicional. Há uma resistência velada e uma dificuldade de implantação desses mecanismos, além da inadequada formação do profissional jurídico para lidar com uma maneira de encarar o conflito que não foca apenas na solução jurídica, mas nos diversos interesses dos envolvidos. Em outras palavras, há desafios de ordem (a) estrutural; (b) educacional; e (c) cultural a serem superados para que o modelo multiportas possa vir a ser efetivamente implantado e exitoso no Brasil”. LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?, in Revista de Processo, vol. 244, Jun/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 439.

58 Mauro Cappelletti, sobre o tema, defende que os meios alternativos de solução de conflito se inseririam como resposta ao obstáculo processual do acesso à justiça, enquadrando-se nos casos em que o processo litigioso tradicional poderia não ser a forma mais indicada para a vindicação efetiva de direitos. CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor]. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça, Revista de Processo, vol. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 87.

59 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Vicissitudes da audiência preliminar. Temas de direito processual. 9ª série, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 129-139.

60 Lei n° 7.244/84. Ada Pellegrini Grinover, comentando a lei então vigente, asseverava que “A conciliação é buscada incessantemente no processo brasileiro de pequenas causas. Pode-se até dizer que constitui tônica da lei, obstinadamente

Posteriormente, a Constituição previu a criação dos Juizados Especiais, os quais seriam competentes para conciliar em causas de menor complexidade.

Em 1994, com a edição da Lei nº 8.952/94, alterou-se o CPC/73 para incluir a conciliação entre os deveres do Juiz e inseri-la como uma das finalidades da audiência preliminar.

Passados mais de 70 anos de seu primeiro registro legislativo, hoje já é realidade a Semana da Conciliação, estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça, realizada anualmente, em todos os tribunais brasileiros. Os resultados são publicados no site do CNJ, o qual mantém estatísticas de acordos realizados⁶¹.

O CPC/2015 tomou a opção de valorizar as conciliações e as mediações judiciais, bem como a arbitragem, demonstrando uma verdadeira modificação de paradigma em relação a essas questões⁶². O instituto da conciliação é previsto em diversos dispositivos. Os mais relevantes são os art. 165, §2, 334, 359 e 487, III.

Na seara trabalhista, é preciso atentar para o art. 42, parágrafo único da Lei nº 13.140/2015, que dispõe ser a mediação nas relações de trabalho regulada por lei própria. Não obstante a omissão legislativa, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução nº 174, de 30 de setembro de 2016⁶³. Interessante observar que esse ato, em seu art. 1º,

preocupada em conciliar”. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas tendências do direito processual*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 186.

61 Informações retiradas no site do CNJ (<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/conciliacao-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao/resultados>)

62 Em sua Exposição de Motivos, destaca que “Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz” (<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>).

63 RESOLUÇÃO CSJT N.º 174, de 30 de setembro de 2016. Art. 1º. Para os fins desta resolução, considerase: I – “Conciliação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio; II – “Mediação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio. Texto disponível em <http://www.csjt.jus.br/>, acesso em 10 de outubro de 2016.

apresenta definições para conciliação e mediação diversas das constantes no art. 165, §§ 2º e 3º do CPC/2015, muito provavelmente em atenção às peculiaridades dos conflitos laborais.

Contudo, mesmo admitindo expressamente todas as vantagens da mediação, em qualquer etapa ou procedimento, é forçoso reconhecer que não parece ser ideal a solução que preconiza um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado. Nesses casos, já terá havido a movimentação da máquina judiciária, que poderia ter sido evitada⁶⁴.

Temos que pensar em desenhos de sistemas de solução de conflitos que, antes de acionar a máquina judiciária⁶⁵, evitem o processo ou, pelo menos, o tornem mais ágil⁶⁶. Mesmo que esses mecanismos possam assumir várias formas⁶⁷.

64 «L'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. Le tribunal n'est pas une société commerciale préoccupée de marketing et de chiffre d'affaires. C'est une autorité. Sa mission est de régler des conflits que les parties ne peuvent, au besoin avec l'aide de tiers, résoudre seules. Le règlement à l'amiable a donc la priorité, non pas parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général, les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquemment plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir.» (Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006 (FF 2006 6841)). Texto disponível em <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html>, acesso em 20 de maio de 2014.

65 “The promotion of pre-trial processes and settlement has been one of many factors that has succeeded in shifting the focus of litigation away from adjudication. For most cases, the pre-trial process is all there is. According to data from 2000 on the federal courts, of 100 civil cases begun, in fewer than three was a trial begun. In contrast, in 1938, of 100 civil cases filed, about twenty ended with a trial. During the 1990s, Congress added its support, initially through legislation that had hortatory elements and subsequently through mandates for alternative dispute resolution. As noted, judge-made national rules followed a similar path, moving from persuasion to mandates for ADR. Some local district rules go yet further. For example, in the federal trial courts in Massachusetts, a judge is required to raise the topic of settlement at every conference held with attorneys”. RESNIK, Judith. Mediating preferences: litigant preferences for process and judicial preferences for settlement, in 2002 *Journal of Dispute Resolution* 155, acesso via Westlaw.com, em 15 de março de 2012.

66 Nesse sentido: Enunciado n° 29. Caso qualquer das partes comprove a realização de mediação ou conciliação antecedente à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação, desde que tenha tratado da questão objeto da ação e tenha sido conduzida por mediador ou conciliador capacitado. Enunciados aprovados na I JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS”, realizada em Brasília, nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, disponíveis em http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30efd8002d17dbe298563b6fa2849c6669

67 “While the current vocabulary of ADR could enable a lengthy discussion of distinctions among processes now called arbitration, court-annexed arbitration, mediation, med-arb, mini-trial, summary jury trial, early neutral evaluation, and judicial settlement conferences, all of these forms involve the state’s introduction to the disputants of a third party, who is called upon to do something. Therefore, I will group the various methods into modes that are delineated by the nature of the work of that third party”. RESNIK, Judith. Many doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication, 10 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 211, 1995, acesso via westlaw.com em 15 de março de 2012.

Para Judith Resnik⁶⁸, os meios de solução adequada de conflitos podem ser classificados em três espécies: a primeira é denominada quase-arbitragem, na qual há uma decisão; na segunda há intervenção de um terceiro, mas este não tem poder decisório; e a terceira traz um procedimento informal, mais voltado para a facilitação da comunicação entre as partes.

Isso sem falar na possibilidade do uso dos meios consensuais após o processo judicial, quando, apesar da existência de uma decisão transitada em julgado, não foi possível alcançar a pacificação real do conflito⁶⁹.

Em países como o Brasil, a via judiciária ainda reina na preferência dos indivíduos para resolver seus impasses. Por isso, a sociedade manteve-se distante, observando com desconfiança a utilização dos meios adequados de resolução de conflitos, já que a opção por esses métodos era arriscada, insegura, sem garantias. Ademais, não se tinha, ainda, a real percepção da relevância da “adequação das ferramentas” para a efetividade do processo.

Sem outras opções legítimas para solucionar seus problemas, a decisão imposta pelo juiz seria a única via disponível. Destarte, o jurisdic-

68 “A first mode is quasi-arbitratory; this form of ADR offers a truncated, abbreviated fact-finding process that yields an outcome, decided by a third party, in the hopes that with that result, the parties will conclude their dispute. Both private contractual and court-annexed arbitration fit this mode. (...) A second mode of ADR also relies upon some third party intervention but for a different purpose. A third party is introduced not to make a decision, but rather to inform the disputants of how outsiders view the dispute and how these outsiders would decide, were they asked to do so. The hope is that with such information, the disputants themselves will obviate the need for third party intervention by settling their differences. (...) A third form of ADR moves further away from formal modes of information development. Conversation (sometimes called mediation, sometimes called a conference, sometimes called evaluation) is employed to elicit agreement by the parties. Judge-run settlement conferences are an example of this genre of ADR, as are “early neutral evaluations”. RESNIK, Judith. *Many doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication*, 10 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 211, 1995, acesso via westlaw.com em 15 de março de 2012.

69 Explorando melhor as nuances da mediação pós-judicial, encontramos o excelente texto de Fabiana Gonçalves. “Ainda, torna-se necessário visualizar como ocorreria a mediação pós-judicial no âmbito civil. (...) Sendo assim, considerando que não cabe ao intérprete distinguir o que a lei não distingue, deve-se pensar, pelo menos em um primeiro momento, na mediação pós-judicial sob uma perspectiva ampla. Em virtude disso, seria possível se valer da mediação pós-judicial tanto para os casos em que o processo se encerra por meio de sentenças terminativas quanto para casos em que o encerramento se der através de sentenças definitivas. (...) Sem embargo, apesar da coisa julgada material tornar as decisões emanadas pelo Judiciário indiscutíveis fora dos processos em que são proferidas, o que obstaria, inicialmente, a opção mediadora pós-judicial, entendo que restringir a utilização desse poderoso instrumento à formação da coisa julgada material seria prejudicial aos próprios interesses das partes em processos nos quais a mediação se afigura como a melhor solução das demandas. Com isso, indaga-se: por que não permitir a solução mediadora até a formação da coisa soberanamente julgada? Dessa forma, estar-se-ia conferindo um prazo maior para que as partes pudessem optar pela mediação, sem abrir mão da segurança jurídica, de sorte a impedir a eternização de algumas discussões. Na verdade, se permite que, em nome da pacificação social, as partes pudessem optar por soluções alternativas a qualquer tempo, até a formação da coisa soberanamente julgada”. GONÇALVES, Fabiana Marcello. *Mediação Pós-Judicial: um Caminho Alternativo Rumo à Pacificação Social*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. IX, disponível em <http://www-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>.

cionado se acostumou a congestionar os tribunais para buscá-la, pois as supostas virtudes institucionais são indiscutíveis⁷⁰.

Como bem ressaltam Fiss e Resnik⁷¹, a questão central está em definir qual é o papel a ser desempenhado pelo magistrado quando a solução para o conflito não resulta de um processo adjudicatório.

Inserida no contexto judicial, a mediação se torna instrumento a concretizar o dogma da efetividade da atividade jurisdicional, tendo o dever de funcionar direcionada à justiça⁷². Não pode, entretanto, ser vista como uma solução milagrosa para o acúmulo de processos nos tribunais⁷³.

70 “Modern societies are very much linked to the idea of litigation. A hidden rule seems to exist in the sense that the more advanced a society is the highest level of litigation it suffers. This increase in the level of litigation amounts to a sort of “litigation explosion” that has traditionally been linked to State Courts. This explosion is said to put the whole Judiciary System under pressure in so far the volume of disputes brought before State Courts increases, the proceedings become more and more lengthy and the costs incurred in such proceedings also augment. The goal to tackle this explosion underpins most of the reforms that modern national civil procedure laws have suffered in many countries for the last two decades and fuels the growing support of ADR devices in many parts of the world in an effort to make the procedure system more efficient and affordable for the parties. This explosion was first reported in USA and now is fully ascertainable in many parts of the world where litigation grows steadily. In Europe it actually entails growing concerns about the maintenance of the level of quality of the Judiciary System despite the budgetary efforts done for many years by the several European Governments in their judicial system, and consequently therewith of the full preservation of the principle of access to justice in the continent. This situation raises the issue of ascertaining to what extent the current situation of considering the principle of access to justice solely referred to access to State Courts justice may be maintained or a move towards a broader understanding of this principle in the sense of embodying a joint reference to State Courts and ADR devices is under way. The solution provided to this question will tailor the notion of justice in the XXI Century”. ESPLUGUES, Carlos. Access to justice or access to states courts’ justice in Europe? The Directive 2008/52/EC on civil and commercial mediation, in Revista de Processo, vol. 221, Jul/2013, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 303.

71 FISS, Owen. RESNIK, Judith. Adjudication and its Alternatives. An introduction to procedure, New York: Foundation Press, 2003, p. 431.

72 “The result of the reformulating of adjudication is that it begins to resemble, incorporate, or subsume ADR. Illustrative is the 1994 proposed report of the Long Range Planning Committee of the Judicial Conference of the United States, which in its chapter “Adjudication,” defines that term as “encompass [ing] a number of different functions, from managing the preliminary phases of a case and appeals to concluding proceedings”. Thus, changes are coming from within and without, moving the forms of decision making. (...) As this century draws to its end, we can observe the melding of ADR into adjudication, and then the narrowing of ADR and its refocusing as a tool to produce contractual agreements among disputants. The focus is shifting from adjudication to resolution. Frank Sander’s lovely image of the accessible, multi-doored courthouse-with one door wide open for adjudication-has now been eclipsed. The door to the twentieth century’s version of adjudication is closing”. RESNIK, Judith. Many doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication, 10 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 211, 1995, acesso via westlaw.com em 15 de março de 2012.

73 “However, in the current Brazilian scenario, we could hardly assert that ADR, in general, and mediation, specifically, could play a role in relieving our Judiciary from its dramatic burden. The reason for this is the kind of litigation that exists in Brazil. The vast majority of cases are filed by individuals (thousands of them!) against Federal, State and Municipal Authorities, Banks, Telephone and communications companies, among others. These cases deal with the so-called “individual homogeneous rights” of large groups of people, i.e. bank clients, users of telephone services, public services etc... It sometimes happens that the same cause of action is brought before State Courts by thousands of people and the main issue is a *quaestio juris*. In these cases, the solution of the disputes, which in fact are a legal controversy, has to come from the Judiciary, and preferably from the most important Courts of the Country: Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. These decisions are important precedents which provide guidance to other Courts, other judges and society, in general”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Mandatory Mediation: Is It the Best Choice?, in Revista de Processo, vol. 225, Nov/2013, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 417.

Jacques Faget⁷⁴ observa que essa dinâmica conduz a mediação a dois modos de existência paralela. Uma primeira, que lhe confere uma concepção mais prescritiva do que normativa. Na maioria das vezes, essa perspectiva é criticada, pois gera um sentimento de insegurança devido à ausência de regulamentos e da supervisão de um juiz (Estado).

E uma segunda, que se estabelece à sombra de uma existência oficial, a qual desloca a mediação para uma realidade diferente, mas que lhe confere posição de legitimidade, garantindo-lhe maior aceitabilidade.

A mediação, assim, passa a ter duas existências, ou *double vie*, uma mais legítima que a outra.

Uma das principais razões para esse fenômeno reside na dificuldade de construção de uma problematização científica sobre esses mecanismos.

A mediação é uma ferramenta útil – não há discordância relevante quanto a essa ideia –, mas, ao aproximá-la do processo, o afastamento da sua essência⁷⁵ é incontestável.⁷⁶

As expectativas quanto à jurisdicionalização da mediação são variadas, e as perspectivas quanto aos resultados para os cidadãos e para a justiça brasileira ainda se encontram em estágio latente.

De fato, já foi assentado em sede doutrinária o ceticismo de muitos juízes com o julgamento por meio de uma decisão imposta. Por outro lado, as vantagens de uma decisão acordada são inúmeras e irrefutáveis, como aponta Judith Resnik.⁷⁷

74 FAGET, Jacques. La double vie de la médiation. Revue Droit et Société, Paris, n. 29, p. 26, 1995.

75 De acordo com Marco Bouchard e Giovanni Mierolo, é preciso preservar a “ambivalência da mediação” que impõe ao sistema judiciário maior flexibilidade, recuperando um contexto colateral de informalidade das relações humanas e da sua real consistência emotiva. Dessa forma, o sistema judiciário propõe a recuperação do consenso dos interessados ao estabelecer o seu destino processual. BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 197.

76 Etienne Le Roy pontua que os principais temas recorrentes nas definições da mediação são de origem jurídica ou detêm forte conotação jurídica: “autoridade, autonomia, responsabilidade, imparcialidade, independência, poder de decisão ou consultivo, prevenção ou regulamentação”. Na mediação, esses tópicos devem aparecer necessariamente associados a uma ideia dominante de justiça. Le Roy afirma que “essa aproximação, geralmente, é aceita pelos práticos. No entanto, pode-se notar que tal interpretação não reconduz à essência da mediação. [...] a mediação não é justiça, nem mesmo de forma amena”. LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. Meritum, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 297-301, jul.-dez. 2012.

77 “For those forms of ADR that are focused on settlement, three assumptions result in efficiency: first, settlements by parties are voluntary; second, the parties have better information than adjudicators; third, with information and volition, parties have the control to achieve outcomes that are better than those imposed by adjudicators. Settlement-oriented ADR thus becomes a more efficient way to resolve disputes than adjudication. (...) Consent is also assumed to have benefits beyond the immediate resolution of the problem. The premise is that if parties agree to and craft a resolution, long term compliance will result. Indeed, for some ADR proponents, volition is so central to ADR that ADR is at risk if it becomes a mandatory part of the state’s apparatus”. RESNIK, Judith. Many doors? Closing doors? Alternative dispute

Carrie Menkel-Meadow⁷⁸ já prenunciava desde 1991, algumas possíveis consequências, ainda que não intencionais, de reformas legais elaboradas com o objetivo de legitimar esforços voltados à libertação do jurisdicionado das limitações e rigidez do Direito e das suas instituições formais. Na ocasião, alertou que a submissão da mediação a uma racionalidade jurídica começava a desenvolver uma espécie de *commom law* ou *jurisprudence* de ADR.

Enfim, a incorporação da mediação pelo sistema jurisdicional brasileiro reserva inúmeras implicações que merecerão dedicada pesquisa e acompanhamento. Entretanto, o modo de implementação da lei no Brasil e a postura dos operadores do Direito indica a inclinação pelo sistema multiportas⁷⁹.

Três grandes desafios deverão ser enfrentados pela mediação nesse novo contexto.

Em primeiro lugar, o Estado deverá empreender sério trabalho voltado à compreensão popular sobre o instrumento que estará à disposição de todos, bem como ao aprimoramento dos profissionais do Direito acerca do método.

resolution and adjudication, 10 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 211, 1995, acesso via westlaw.com em 15 de março de 2012.

78 “For Fuller, the lawyer’s role was to be a social structure or process “architect” whose job was to consider questions of “appropriate” (as we say today, rather than “alternative”) institutional design. Given the range of problems facing a particular society (or the larger world), what are the best means for “effective” problem solving? Fuller thought it important that lawyers and law students study all of these processes in their locational specificity, and he was, to me, a consummate sociologist and anthropologist who understood that there was unlikely to be a single, unitary, or uniform legal process (or “concept of law”) that would be appropriate for all circumstances”. MEADOW, Carrie Menkel. Peace and Justice: notes on the evolution and purposes of legal processes, 94 Georgetown Law Journal, 553, acesso via westlaw.com, em 18 de março de 2016.

79 “O NCPC adota o modelo multiportas de processo civil. Cada demanda deve ser submetida à técnica ou método mais adequado para a sua solução e devem ser adotados todos os esforços para que as partes cheguem a uma solução consensual do conflito. É norma fundamental do processo civil brasileiro a prioridade na utilização das técnicas para facilitar a resolução consensual dos conflitos (art. 3.º, §§ 2.º e 3.º, do CPC). É dever do Estado promover, divulgando e fornecendo os meios necessários, e dos operadores jurídicos estimular, esclarecendo a população, a difusão e utilização dos meios adequados de resolução de disputas. O procedimento comum no NCPC está organizado em duas fases. A primeira fase é de esforço para a resolução consensual da disputa. Apenas se não for possível a solução consensual, o processo seguirá para a segunda fase, litigiosa, voltada para instrução e julgamento adjudicatório do caso”. LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!, in Revista de Processo, vol. 244, Jun/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 432.

Ademais, a mediação precisa ser adaptada à feição processual, sem que isso fulmine suas características principiológicas, compatibilizando-a com demais princípios constitucionais, processuais e com a garantia da realização de um processo justo.

Finalmente, é necessário desenhar e construir um sistema célere, efetivo e garantista de obtenção de consenso prévio ao ajuizamento da ação, de forma a evitar processos desnecessários e a viabilizar um tratamento mais adequado a cada tipo de litígio⁸⁰.

Nesse viés, a mediação, imbuída da função social que se exige dos institutos jurídicos, impregnou o movimento contemporâneo de acesso à justiça e vem ocupando um lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos⁸¹.

Há uma real preocupação com a efetiva pacificação do conflito, ao ponto de essa finalidade ter se tornado elemento essencial do próprio conceito da jurisdição contemporânea⁸².

80 “Thus one concern to which we ought to address ourselves here is how we might escape from the specter projected by Professor Barton. This might be accomplished in various ways. First, we can try to prevent disputes from arising in the first place through appropriate changes in the substantive law [...]. Another method of minimizing disputes is through greater emphasis on preventive law. Of course lawyers have traditionally devoted a large part of their time to anticipating various eventualities and seeking, through skillful drafting and planning, to provide for them in advance. But so far this approach has been resorted to primarily by the well-to-do. I suspect that with the advent of prepaid legal services this type of practice will be utilized more widely, resulting in a probable diminution of litigation. A second way of reducing the judicial caseload is to explore alternative ways of resolving disputes outside the courts, and it is to this topic that I wish to devote my primary attention.” SANDER, Frank. E. A. Varieties of dispute processing. In: *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. St. Paul, USA: West, 1979, pp. 65-87.

81 “O panorama da modernidade, que desenvolveu o amplo exercício da Jurisdição e do monopólio estatal, com a imposição da ação do Estado, no qual a solução dos conflitos é submetida necessariamente ao determinismo de uma sentença, a ordem é estabelecer uma política dicotômica de perdas e ganhos, agravando sensivelmente as interações humanas, sem compreender a essência dos conflitos. O olhar é meramente externo ao conflito, não se compreendem as pessoas, julga-se o conflito. O que se percebe diante da cultura do século XX é uma desumanização do Direito, e a cada vez maior tecnização de todas as esferas da vida. Ocorre que, em alguns casos, esse sistema legal não seria compatível com o desenvolvimento de espaços públicos de diálogo, cenários pacíficos que busquem estabelecer a integração e a interação entre as pessoas. O exercício da Jurisdição, reforçada pela normatividade e pelo excesso de leis, revela-se insuficiente com a sensibilidade, a alteridade que se espera no mundo pós-moderno”. SOUZA, Carla Faria de. *A mediação e suas perspectivas: a positivação eficaz e a criação de uma cultura de paz*. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Petrópolis. Orientador: Cleber Francico Alves. 2015, p. 34.

82 “A vantagem mais significativa dos métodos alternativos é o potencial de efetivamente resolver problemas. A remoção do ritualismo e do formalismo exagerado, do procedimentalismo estéril, da burocracia ínsita ao sistema judiciário, oferece o ambiente de coloquialismo em que as partes chegam mais facilmente a fazer concessões e a assumir compromissos, mantida a qualidade de relacionamento entre elas. Não é desprezível o fato de se manter um relacionamento saudável entre os envolvidos, mesmo depois de resolvida a pendência que os levou ao litígio e à tentativa de sua resolução”. NALINI, José Renato. *Justiça pacificadora: um ideal bem possível*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45, Abr-Jun/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 336.

5. A NECESSÁRIA RESSIGNIFICAÇÃO DA TUTELA JURISDICCIONAL CONTEMPORÂNEA

Thomas Hobbes⁸³ já apontava que a formação do Estado moderno se deu por meio da adesão de pactos recíprocos e que a figura do contrato é bem anterior à formação do Estado, constituindo-se em método primitivo e rudimentar de prevenção de conflitos⁸⁴.

Percebe-se, portanto, que, num estágio inicial da sociedade civil organizada, a jurisdição era na verdade um dos predicativos desses contratos, estando, portanto, o conceito de jurisdição originalmente afastado da concepção de Estado.

Assim, consolidou-se a ideia de contrato como elemento pacificador de conflitos⁸⁵.

Curioso é que a jurisdição contemporânea faz um movimento de retorno às suas “origens”, devolvendo o protagonismo na solução dos conflitos aos próprios interessados.

Isso nos leva a uma adequada compreensão do acesso à justiça como ponto de partida para a organização do Direito Processual que se preocupa não apenas com a jurisdição estatal, mas também com todas as ferramentas adequadas à solução dos conflitos.

Em suma, na evolução da matéria, o ponto inicial era o mero acesso. Em seguida, focou-se no caráter instrumental da jurisdição. Indo um pouco além, realçou-se a busca por uma real efetividade. Hoje, o objetivo é o fortalecimento do princípio da adequação.

83 Assim, o Estado seria “uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros foi instituída por cada um como autora, de modo ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.” HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 4.ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1988, p. 106.

84 “O fato de a sociedade ser um literal agrupamento de ânimos divergentes torna-a deveras complexa, pois sua essência é o resultado da fusão - ou tentativa de fusão - entre diferentes gêneros, etnias, hábitos e culturas das várias pessoas que a compõe. Sendo assim, mostra-se intrínseco à própria diversidade da estrutura social (i) a dificuldade em gerar uma cooperação efetiva entre tantas vontades e interesses e, ao mesmo tempo, (ii) ser propícia para o surgimento de conflitos. Em resposta a essa problema, surge o instituto jurídico do contrato”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. RAMALHO, Matheus Sousa. A mediação como ferramenta de pacificação de conflitos, Revista dos Tribunais, vol. 275, jan/2017, no prelo.

85 COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p.163.

Temos vários instrumentos ao nosso dispor. Numa determinada situação, vários ou pelo menos alguns deles podem ser acessíveis, instrumentais e efetivos, mas, normalmente, apenas um deles será o mais adequado para aquelas circunstâncias concretas.

Nesse sentido, assentada a premissa de que a jurisdição não é exclusiva do Poder Judiciário, ganham legitimidade os meios desjudicializados de solução de conflitos⁸⁶. Assim, temos a jurisdição voluntária judicial e extrajudicial, bem como os meios de obtenção de consenso judiciais e extrajudiciais. E, ainda, os meios adjudicatórios extrajudiciais, cujo exemplo mais marcante é a arbitragem. Todos fazem parte de um sistema único, que precisa funcionar de forma balanceada e harmoniosa.

Contudo, pelo menos duas circunstâncias precisam necessariamente se fazer presentes na desjudicialização: a) o mesmo grau de concretização das garantias fundamentais do processo, observadas, obviamente, as peculiaridades do meio e a maior incidência da livre manifestação de vontade; e b) a possibilidade de judicialização das matérias a qualquer tempo, por todo aquele que se sentir lesado ou mesmo ameaçado de sofrer uma lesão, sem embaraços ou restrições.

Dessa forma, acesso à justiça não se confunde com acesso exclusivo ou primário ao Judiciário. Ao contrário, parece que, idealmente, a mentalidade seja no sentido de primeiro usar os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, em seguida, nos casos legais, devemos nos valer da jurisdição voluntária extrajudicial; e, apenas por fim, os meios adjudicatórios (arbitragem e jurisdição judicial) nos quais um terceiro irá impor sua vontade às partes em litígio. É a ideia do Judiciário como último degrau na escalada do conflito.⁸⁷

86 "In definitiva, il principio del monopolio statale della giurisdizione si è vistosamente sgretolato: la giurisdizione non è più esclusiva funzione dello Stato". PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, p. 53.

87 MAZZOLA, Marcelo. *Abrir as portas do Judiciário, mas não mostraram a saída. O novo CPC e uma visão contemporânea do acesso à justiça*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234074,91041-Abrir+as+portas+do+Judiciario+mas+nao+mostraram+a+saida+O+novo+CPC>. Acesso em 09.12.16.

Nós ainda estamos no início desse caminho evolutivo, mas com esse trabalho procuramos demonstrar que muito já foi feito no Brasil e que as perspectivas com o CPC/2015, a Lei de Mediação e as novidades introduzidas na Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96 com as modificações impostas pela Lei nº 13.129/15) são muito boas.

A efetivação de uma política pública de solução adequada de conflitos, iniciada pela Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, reforçada pela Resolução nº 118/14 do Conselho Nacional do Ministério Público e, finalmente, estruturada pelas novas leis editadas em 2015, revelam um futuro promissor.

Ademais, em 31 de maio de 2016, o CNJ editou a Resolução nº 225, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução leva em consideração as recomendações da Organização das Nações Unidas para fins de implantação da Justiça Restaurativa, previstas nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12.

Não obstante ser um ato voltado para os procedimentos criminais (para os feitos cíveis temos a Resolução nº 125/10, atualizada em fevereiro de 2016), nos *Considerandos*, é expressamente referido que o direito ao acesso à justiça, “além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica o acesso a soluções efetivas de conflitos por intermédio de uma ordem jurídica justa e compreende o uso de meios consensuais, voluntários e mais adequados a alcançar a pacificação de disputa”.

Como bem observado por Bruno Takahashi⁸⁸, espera-se que o Judiciário exerça seu papel de conciliador interinstitucional, a partir das diretrizes traçadas pela Resolução nº 125/2010 do CNJ e, sobretudo, das novas premissas trazidas pelo CPC/2015.

Esse dever de utilizar os meios consensuais, as vias de pacificação e as ferramentas adequadas para a solução de conflitos se impõe aos

88 TAKAHASHI, Bruno. Desequilíbrio de poder e conciliação, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 188.

magistrados⁸⁹, ao Poder Judiciário⁹⁰ como instituição, às empresas⁹¹ e ao Estado-Administração⁹².

89 Sobre os poderes do magistrado, no sentido de promover a autocomposição, citamos os seguintes Enunciados aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos: Enunciado n° 16. O magistrado pode, a qualquer momento do processo judicial, convidar as partes para tentativa de composição da lide pela mediação extrajudicial, quando entender que o conflito será adequadamente solucionado por essa forma. Enunciado n° 21. É facultado ao magistrado, em colaboração com as partes, suspender o processo judicial enquanto é realizada a mediação, conforme o art. 313, II, do Código de Processo Civil, salvo se houver previsão contratual de cláusula de mediação com termo ou condição, situação em que o processo deverá permanecer suspenso pelo prazo previamente acordado ou até o implemento da condição, nos termos do art. 23 da Lei n.13.140/2015. Enunciados aprovados na I JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS”, realizada em Brasília, nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, disponíveis em http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669

90 Sobre o protagonismo do Poder Judiciário na deflagração, incentivo e operacionalização da política pública de solução adequada de conflitos, podem ser referidos os seguintes Enunciados aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos: Enunciado n° 14. A mediação é método de tratamento adequado de controvérsias que deve ser incentivado pelo Estado, com ativa participação da sociedade, como forma de acesso à Justiça e à ordem jurídica justa. Enunciado n° 15. Recomenda-se aos órgãos do sistema de Justiça firmar acordos de cooperação técnica entre si e com Universidades, para incentivo às práticas dos métodos consensuais de solução de conflitos, bem assim com empresas geradoras de grande volume de demandas, para incentivo à prevenção e à solução extrajudicial de litígios. Enunciado n° 40. Nas mediações de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas, judicializados ou não, deverá ser permitida a participação de todos os potencialmente interessados, dentre eles: (i) entes públicos (Poder Executivo ou Legislativo) com competências relativas à matéria envolvida no conflito; (ii) entes privados e grupos sociais diretamente afetados; (iii) Ministério Público; (iv) Defensoria Pública, quando houver interesse de vulneráveis; e (v) entidades do terceiro setor representativas que atuem na matéria afeta ao conflito. Enunciados aprovados na I JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS”, realizada em Brasília, nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, disponíveis em http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669

91 Enunciado n° 75. As empresas e organizações devem ser incentivadas a implementar, em suas estruturas organizacionais, um plano estratégico consolidado para prevenção, gerenciamento e resolução de disputas, com o uso de métodos adequados de solução de controvérsias. Tal plano deverá prever métricas de sucesso e diagnóstico periódico, com vistas ao constante aprimoramento. O Poder Judiciário, as faculdades de direito e as instituições observadoras ou reguladoras das atividades empresariais devem promover, medir e premiar anualmente tais iniciativas. Enunciados aprovados na I JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS”, realizada em Brasília, nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, disponíveis em http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669

92 Sobre o dever da Administração Pública de promover a autocomposição, citamos os seguintes Enunciados aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos: Enunciado n° 31. É recomendável a existência de uma advocacia pública colaborativa entre os entes da federação e seus respectivos órgãos públicos, nos casos em que haja interesses públicos conflitantes/divergentes. Nessas hipóteses, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão celebrar pacto de não propositura de demanda judicial e de solicitação de suspensão das que estiverem propostas com estes, integrando o polo passivo da demanda, para que sejam submetidos à oportunidade de diálogo produtivo e consenso sem interferência jurisdicional. Enunciado n° 50. O Poder Público, os fornecedores e a sociedade deverão estimular a utilização de mecanismos como a plataforma CONSUMIDOR.GOV.BR, política pública criada pela Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon e pelos Procons, com vistas a possibilitar o acesso, bem como a solução dos conflitos de consumo de forma extrajudicial, de maneira rápida e eficiente. Enunciado n° 54. A Administração Pública deverá oportunizar a transação por adesão nas hipóteses em que houver precedente judicial de observância obrigatória. Enunciado n° 60. As

De fato, hoje é inconcebível falar-se unicamente em acesso ao Poder Judiciário. O acesso hoje é direcionado ao sistema jurisdicional multipor-tas, de forma que o acesso à estrutura judiciária passe a ser qualificado⁹³.

Cabe a nós, operadores do direito, disseminar essa verdadeira cultura⁹⁴ da pacificação, referida por Kazuo Watanabe⁹⁵, ressignificando o acesso à justiça, por meio da valorização da jurisdição voluntária extrajudicial e dos meios consensuais e adjudicatórios de solução de conflitos⁹⁶.

Trata-se, portanto, de atribuir eficácia horizontal ao direito fundamental à tutela jurisdicional, que agora deve ser compreendida a partir de cinco predicados: acessível, instrumental, efetiva, adequada e pacificadora.

vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos. Enunciado n° 71. Tendo havido prévio e comprovado requerimento administrativo, incumbe à Administração Pública o dever de comprovar em juízo que adotou as providências legais e regulamentares para a aferição do direito da parte. Enunciado n° 74. Havendo autorização legal para a utilização de métodos adequados de solução de controvérsias envolvendo órgãos, entidades ou pessoas jurídicas da Administração Pública, o agente público deverá: (i) analisar a admissibilidade de eventual pedido de resolução consensual do conflito; e (ii) justificar por escrito, com base em critérios objetivos, a decisão de rejeitar a proposta de acordo. Enunciado n° 82. O Poder Público, o Poder Judiciário, as agências reguladoras e a sociedade civil deverão estimular, mediante a adoção de medidas concretas, o uso de plataformas tecnológicas para a solução de conflitos de massa. Enunciados aprovados na I JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS”, realizada em Brasília, nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, disponíveis em http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669

93 “A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

94 Como bem ressalta Chase: “Procedures, then, are not only the means by which disputes are resolved. They are also a means by which we make and re-make our world and ourselves. I urge procedural engineers to keep this in mind as they re-examine and reform procedures. We must ask ourselves not only whether we create procedures that promote better accuracy and efficiency, but also whether they promote the kind of society, the kind of reality, we desire”. CHASE, Oscar. Culture and Disputing. Tulane Journal of International and Comparative Law, vol. 7, Spring 1999, p. 92, acesso via www.westlaw.com, em 14 de abril de 2013.

95 WATANABE, Kazuo. Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – Utilização dos Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias. In: 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

96 Federico Carpi, em interessantíssimo texto, se refere à metamorfose do monopólio estatal da jurisdição, na realidade italiana, sobretudo após o advento da Lei Complementar n° 132, já comentada acima. CARPI, Federico. La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione, in Revista de Processo, vol. 257, Jul/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 23/31.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA, Niceto y Castillo. **Estudios de teoría general del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Disponível em: <<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1049>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: Revista de Processo. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 195, ano 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Vicissitudes da audiência preliminar. Temas de direito processual. 9ª série, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 129-139.

BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione. Milano: Bruno Mondadori, 2005. p. 197.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro (org.). Accès a la justice et état-providence. Economica, Paris, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor], Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça, Revista de Processo, vol. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 87.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant (tradução de Ellen Gracie Northfleet). Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. (org.). Accès a la justice et état-providence, Paris: Economica, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. Dimensioni della Giustizia nelle società Contemporanee, Bologna: Mulino, 1994, pp. 72/73.

CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends, in 25 Stanford Law Review, May, 1973, p. 683, acesso via www.westlaw.com, em 15 de março de 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective — a General Report. Access to Justice: A World Survey. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. Revista de Processo. n. 65, jan/mar 1992, p. 134

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas, Revista Forense n° 318 p. 123.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Tese de cátedra em Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1999.

CARPI, Federico. La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione, in Revista de Processo, vol. 257, Jul/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 23/31.

CHASE, Oscar. Culture and Disputing. Tulane Journal of International and Comparative Law, vol. 7, Spring 1999, p. 92, acesso via www.westlaw.com, em 14 de abril de 2013.

CHIARLONI, Sergio. La Gustizia Civile e i suoi Paradossi, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. XIV, Ano 8, jul-dez/2014, p. 671.

COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Conrado. TARUFFO, Michele. Lezioni Sul Processo Civile, Bologna: Il Mulino, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali, in Revista de Processo, vol 99, pp. 249/293

DENTI, Vittorio. I Procedimenti non Giudiziali di Conciliazione come Istituzioni Alternative, in Rivista di Diritto Processuale, 1980, p. 410.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2005.

ESPLUGUES, Carlos. Access to justice or access to states courts' justice in Europe? The Directive 2008/52/EC on civil and commercial mediation, in Revista de Processo, vol. 221, Jul/2013, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 303.

FAGET, Jacques. La double vie de la médiation. Revue Droit et Société, Paris, n. 29, p. 26, 1995.

FISS, O.M. Against Settlement, 93 Yale Law Journal, may 1984, p. 1075.

FISS, Owen. RESNIK, Judith. Adjudication and its Alternatives. An introduction to procedure, New York: Foundation Press, 2003.

GONÇALVES, Fabiana Marcello. Mediação Pós-Judicial: um Caminho Alternativo Rumo à Pacificação Social, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. IX, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. I, 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 4.ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1988.

HOFFMAN, Paulo. Razoável duração do processo. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LE ROY, Ethiene. O lugar da juridicidade na mediação. Meritum, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 297-301, jul.-dez. 2012.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!, in Revista de Processo, vol. 244, Jun/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 432.

LIMA. Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo, o tempo na arbitragem, in A Arbitragem na Era da Globalização, livro coordenado pelo professor José Maria Rossani Garcez, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, S. A., 1961.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEADOW, Carrie Menkel. Peace and Justice: notes on the evolution and purposes of legal processes, 94 *Georgetown Law Journal*, 553, acesso via westlaw.com, em 18 de março de 2016.

NALINI, José Renato. Justiça pacificadora: um ideal bem possível, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45, Abr-Jun/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 336.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Experiência Italo-Brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, texto disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/>, Vol. 8, 2011, pp. 443/471.

PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. **Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa**, Coimbra, v. 171, p. 14, abr/2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A institucionalização da mediação é a panacea para a crise do acesso à justiça? Disponível no endereço eletrônico: www.publicadireito.com.br. Acesso em 08/10/2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o Código de Processo Civil projetado, in *Revista de Processo*, ano 37, vol. 207, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 213/238.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. Disponível no endereço eletrônico: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em 11/10/2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação*: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais, Curitiba: CRV, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. La Mediación en la Actualidad y en el Futuro del Proceso Civil Brasileño (Libro: Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Siglo XXI, Tomo I - Mediación, organizado por: Fernández Canales, Carmen; García Villaluenga, Leticia; Vázquez de Castro, Eduardo; y Tomillo Urbina, Jorge Luis. Editorial Reus, Madrid, 2010, pp. 351-366.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. *Revista Confluencia: Análisis, Experiencias y Gestión de Conflictos*, v.2, 2014, pp. 74/88.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015, *Revista de Processo*, v. 254, Abr/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 29.

RESNIK, Judith. For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. Yale Law School Legal Scholarship Repository, Disponível no endereço eletrônico http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/762, Acesso em 11/10/2013

RESNIK, Judith. Many doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication, 10 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 211, 1995, acesso via westlaw.com em 15 de março de 2012.

RESNIK, Judith. Mediating preferences: litigant preferences for process and judicial preferences for settlement, in 2002 *Journal of Dispute Resolution* 155, acesso via Westlaw.com, em 15 de março de 2012.

SANDER, Frank. E. A. Varieties of dispute processing. In: The Pound Conference: perspectives on justice in the future. St. Paul, USA: West, 1979.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflitos. 2014. Dissertação. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

SANTOS, Boaventura Sousa. As tensões da modernidade. Fórum Social Mundial. Disponível no endereço eletrônico www.susepe.rs.gov.br. Acesso em 28/01/2014.

SOUZA, Carla Faria de. A mediação e suas perspectivas: a positivação eficaz e a criação de uma cultura de paz. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Petrópolis. Orientador: Cleber Francico Alves. 2015, p. 34.

SPENGLER, Fabiana Marion. Da jurisdição à mediação. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Editora Ijuí, 2010.

TAKAHASHI, Bruno. Desequilíbrio de poder e conciliação, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 188.

TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, 2009, pp. 86-87.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Mandatory Mediation: Is It the Best Choice?, in Revista de Processo, vol. 225, Nov/2013, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 417.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in Participação e Processo, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – Utilização dos Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias. In: 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: Transformações no Diagnóstico das Violações à Constituição

Jane Reis Gonçalves Pereira

Doutora em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Professora Adjunta de Direito Constitucional da UERJ. Juíza Federal.

Gabriel Accioly Gonçalves

Mestre em Direito Público pela UERJ. Servidor Público da Justiça Federal do Rio de Janeiro.

RESUMO: O conceito de inconstitucionalidade foi elaborado a partir da perspectiva legiscêntrica, focada na incompatibilidade intersistemática entre normas. O presente artigo examina as transformações na definição e no alcance do fenômeno da inconstitucionalidade e sustenta que este já não se exaure no plano da validade, incorporando a dimensão da efetividade. Quando examinamos a evolução do conceito de omissão inconstitucional, procuramos demonstrar o desgaste das classificações que segmentam as diversas formas de violação da Constituição, tendo como ponto culminante o reconhecimento pelo STF da existência de um *estado de coisas inconstitucional*. Apresentamos a definição de inconstitucionalidade sistêmica, que corresponde à violação de normas constitucionais em múltiplas dimensões e envolve um conjunto de ações institucionais, omissões e violações abrangentes e enraizadas, criando espaços vazios de constitucionalismo, muitas vezes com o apoio tácito das maiorias sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade. Conceito. Omissão. Inconstitucionalidade sistêmica. Estado de Coisas Inconstitucional.

ABSTRACT: The concept of unconstitutionality was elaborated from a legalist perspective, which is focused on the idea of an intersystemic incompatibility between norms. This article examines the transformations in the definition and scope of the phenomenon of unconstitutionality, defending that it is no longer exhausted itself in terms of validity, but embodies the dimension of effectiveness. By examining the evolution of the concept of unconstitutional legislative omission, we intend to demonstrate that the traditional classification of unconstitutionality is overcome, being the culmination of this process the acknowledgement, of an unconstitutional state of affairs Brazilian Supreme Court. We introduce the definition of systemic unconstitutionality, which corresponds to the violation of constitutional norms in multiple dimensions, understood as the violation of constitutional norms in multiple dimensions, involving a number of institutional actions, omissions and broad and sedimented violations, generating spaces void of constitutionalism, many times with the tacit support of social majorities.

KEYWORDS: Unconstitutionality. Concept. Omission. Systemic unconstitutionality. Unconstitutional State of Affairs.

I. INTRODUÇÃO

A inconstitucionalidade, como categoria dogmática, é um fenômeno relacionado ao reconhecimento da Constituição como norma dotada de supremacia e imperatividade. De forma genérica, a inconstitucionalidade pode ser definida como o atributo dos comportamentos que conflitam com as ordens emanadas da Constituição. Essa definição, aparentemente trivial e intuitiva, carrega consigo uma série de premissas relacionadas à configuração do constitucionalismo contemporâneo. Falar em inconstitucionalidade, usualmente, pressupõe um sistema em que as normas constitucionais são dotadas de supremacia hierárquica, a existência de órgãos estatais que possuem o poder de reconhecer as violações aos seus comandos, e, ainda, a presença de ferramentas institucionais que permitem sanar ou impulsionar a reversão das condutas qualificadas como inconstitucionais.

Existe, portanto, uma conexão intrínseca entre o conceito de inconstitucionalidade e a compreensão que se tenha sobre a finalidade e o

alcance das normas constitucionais, a extensão dos poderes atribuídos aos órgãos responsáveis por garantir sua aplicação e, correlatamente, as consequências e os efeitos que se atribuem ao reconhecimento das violações.

De forma esquemática, é possível afirmar que a inconstitucionalidade é um fenômeno *relacional*, em cuja análise se avalia a congruência entre o objeto controlado (tradicionalmente uma norma jurídica ou omissão normativa) e o parâmetro de referência (o sistema normativo constitucional). Esse tópico envolve uma série de problemas centrais da teoria constitucional contemporânea, como o conceito e a função da Constituição, a legitimidade democrática do Judiciário para garantir-lhe efetividade, a eficiência das ferramentas processuais idealizadas para esse fim, bem como a abertura do controle de constitucionalidade a outros agentes públicos e privados. Não seria possível, nos estreitos limites desse ensaio, perpassar todas essas questões. Buscaremos nos ocupar das recentes transformações no alcance e configuração do objeto da fiscalização da constitucionalidade, avaliando de que forma essas mudanças permitem identificar uma dilatação do conceito de inconstitucionalidade. Exploraremos, aqui, algumas reflexões sobre o que chamaremos de ***inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional***.

A hipótese central é de que, em modelos que operam com constituições analíticas e sobretudo em democracias jovens e marcadas por acentuada desigualdade, as violações à Constituição apresentam-se, com frequência, de forma multidimensional e sistêmica, o que impõe importantes dificuldades para sua correção, por meio das fórmulas ortodoxas de controle de constitucionalidade. Usando como referência de análise a evolução do conceito de omissão constitucional e o recente reconhecimento pelo STF da ideia de um *Estado de Coisas Inconstitucional*, importado da jurisprudência colombiana, procuraremos demonstrar que o conceito de inconstitucionalidade, em muitos casos, envolve um feixe complexo de ações e omissões, o que impõe que a análise quanto à violação da Constituição priorize a avaliação dos resultados e implicações do conjunto de comportamentos estatais e sociais, em substituição às leituras normativistas e legiscêntricas sobre o tema. Buscaremos, ao fim, formular um conceito unitário de inconstitucionalidade, que incorpore essas múltiplas facetas e formas de manifestação do fenômeno.

II. A PREVALÊNCIA DO PARADIGMA LEGISCÊNTRICO NOS CONCEITOS TRADICIONAIS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Tradicionalmente, a literatura jurídica descreve a inconstitucionalidade como uma relação de incompatibilidade entre normas pertencentes a um determinado sistema jurídico e a Constituição nele adotada. Nesse sentido, fala-se na inconstitucionalidade como “a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou de seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional”¹. Essa visão tem como fundamento a própria gênese do controle de constitucionalidade, estando fortemente influenciada pela “lógica de Marshall”², segundo a qual a relação de incompatibilidade vertical entre dois atos normativos de hierarquia distinta carrega a nulidade do ato inferior. O conceito ortodoxo de inconstitucionalidade é também tributário da compreensão do Direito como sistema governado por uma lógica própria e desconectada de critérios externos. Nesse sentido, fala-se na inconstitucionalidade como “um problema de relação intrassistemática de normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais”³.

A noção de incompatibilidade internormativa, todavia, é uma descrição acurada de apenas uma das facetas da inconstitucionalidade: aquela deflagrada por um comportamento ativo do legislador. Ela não se amolda a outras modalidades de comportamentos contrários às normas constitucionais, notadamente às omissões inconstitucionais absolutas e às violações decorrentes de falhas na implementação de políticas públicas. A ampliação do escopo das Constituições ao longo da segunda metade do

1 CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36. No mesmo sentido, v. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rev. e atual. por Maria García. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 378-379.

2 Na precisa definição de NINO, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Argentina, n. 4, 1989, p. 80: “A ideia é esta: é óbvio que os juízes devem aplicar a lei, mas como determinar o que é a lei? Em suma, está determinado pela Constituição, pelas regras de competência estabelecidas na Constituição; regras que, como diria Kelsen, se referem a um determinado órgão, a um determinado procedimento e, por vezes, a um determinado conteúdo. Quando a lei ou a suposta lei não satisfaz essas condições, na verdade não é uma lei e os juízes, portanto, não estão justificados para aplicá-la, assim como uma norma qualquer que tenha ditado um usurpador. Por conseguinte, se a Constituição é o parâmetro final para decidir o que é a lei, os juízes não podem estar justificados sob nenhuma circunstância de aplicar uma lei inconstitucional.” (tradução livre).

3 NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 70.

século XX, aliada à emergência do paradigma neoconstitucionalista⁴ – que encerra o reconhecimento de uma normatividade reforçada aos princípios e às normas abertas –, bem como o aumento da importância da função judicial e a aceitação de sua dimensão criativa, teve como um dos efeitos a progressiva atenção ao problema da inconstitucionalidade por omissão.

O conceito legiscêntrico de inconstitucionalidade é produto do seu processo de construção histórica. Inicialmente, a categoria se insere em um contexto de afirmação da Constituição diante da lei. Nesse sentido, a inconstitucionalidade surge como fórmula relacionada à passagem do modelo de soberania do Parlamento – em que a lei era o centro do ordenamento jurídico – ao da supremacia da Constituição, o que é operacionalizado através do *judicial review of legislation*. Isso explica que a teorização sobre o controle de constitucionalidade, pensada à luz do sempre mencionado precedente da Suprema Corte norte-americana *Marbury v. Madison*, adotasse como premissa genérica uma relação de incompatibilidade entre a Constituição e a lei.

Superado esse panorama histórico e pacificada a ideia de supremacia constitucional, opera-se um alargamento do conceito e das finalidades da Constituição. Ela não se resume ao ápice de uma *pirâmide normativa* autossuficiente, mas passa a ser entendida como um documento com múltiplos campos de irradiação, conformando o agir dos agentes públicos e da sociedade como um todo⁵. Essa assunção de novas tarefas impõe uma

4 A expressão *neoconstitucionalismo* tem sido empregada no vocabulário acadêmico nacional para designar as estruturas institucionais, teóricas e interpretativas que emergiram a partir das mudanças de paradigma do Direito na segunda metade do século XX. Em termos amplos, a expressão *neoconstitucionalismo* passou a ser associada à constitucionalização abrangente, ao fortalecimento da função judicial e ao emprego de métodos de interpretação antiformalistas. Sobre o tema, confira-se: SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73-113; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 1-42; CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

5 A teoria e a jurisprudência constitucional germânica contribuíram intensamente para essa mudança de paradigma. Com efeito, do afamado aresto Lütth a Corte Constitucional alemã desenvolveu a ideia de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da qual deflui um *efeito de irradiação* destes direitos sobre todo o sistema e sobre todos os ramos do direito — administrativo, civil, comercial, penal... —, bem como exprime a vinculação das três funções do Estado — judiciária, administrativa e legislativa — aos comandos constitucionais. Desse efeito resulta, muitas vezes, a impossibilidade de determinar de forma nítida as fronteiras que separam o direito ordinário e o direito constitucional. Dele advém, ainda, a ideia de que os direitos fundamentais vinculam não apenas os poderes públicos, mas também os particulares. Neste sentido, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-497; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001;

revisão do conceito de inconstitucionalidade, reconhecendo-se que essa categoria nem sempre se resume ao exame de validade de atos estatais e da eficácia jurídica das normas constitucionais, passando a abarcar a noção de efetividade da Constituição.

Parece intuitivo que o ponto de partida dessa revisão é a admissão do controle das omissões inconstitucionais. Como destaca Clèmerson Clève, “o direito constitucional não conhecia terapia jurídica para esse tipo de patologia constitucional”⁶. Por não haver como retificar as omissões inconstitucionais usando o instrumental já estabelecido em relação às inconstitucionalidades por ações normativas, a idealização das ferramentas de correção das omissões inconstitucionais deu-se, inicialmente, de forma paralela e apartada das daquelas. Dessa forma, a evolução do conceito de omissão inconstitucional não promoveu, de plano, a atualização da teoria da inconstitucionalidade globalmente considerada. A evolução do conceito de omissão, todavia, foi decisiva para a redefinição de todo o arcabouço teórico da jurisdição constitucional. É chegado o momento de superar a dicotomia, despreendendo-se dos referenciais ortodoxos que empurram na direção de um tratamento conceitual e prático segmentado na análise da inconstitucionalidade. Se a inconstitucionalidade é um fenômeno polifacetado, sua definição deve abarcar suas múltiplas dimensões, permitindo um tratamento processual e judicial que avalie globalmente o conjunto de comportamentos que produzem resultados incompatíveis com o sistema constitucional.

É interessante notar, porém, que, mesmo nas abordagens sobre o controle das omissões inconstitucionais, o paradigma normativista e legiscêntrico exerceu forte influência. Nesse contexto, múltiplos estudos da questão priorizam o fenômeno das omissões sob o ângulo legislativo. Por vezes, essa influência se fez perceber até mesmo nas previsões constitucionais do fenômeno. Em Portugal, por exemplo, a perspectiva da inconstitucionalidade por omissão centrada no legislador encontra-se no próprio

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?: a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GUERRA FILHO, Qillís Santiago; GRAU, Eros Roberto (Orgs.) *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 108-115.

6 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 51.

texto constitucional. O art. 283º, da Constituição portuguesa, prevê que [a] *requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.* (grifamos)

No caso da Constituição brasileira, foi empregada uma fórmula mais aberta, que abarca a inatividade não só do legislador, mas também da administração pública (CFRB/88, art. 103, § 2º). Todavia, em ambos os casos, um cuidado interpretativo se impõe. Nenhuma das normas mencionadas tem o condão de conceituar e exaurir o fenómeno da omissão inconstitucional. Como argutamente observa Jorge Pereira da Silva – em entendimento integralmente transplantável ao caso brasileiro – a previsão normativa insculpida na Lei Fundamental portuguesa ostenta inequívoco carácter de norma processual. Tornar o conceito substantivo de omissão inconstitucional dependente de uma norma processual – o que o autor denomina de perspectiva processualista das omissões inconstitucionais – configuraria um equívoco interpretativo relevante. Confirmam-se suas palavras a respeito:

“Segundo cremos, o artigo [283º] limita-se, apesar da amplitude da sua epígrafe, a estabelecer um meio de controlo, a cargo do Tribunal Constitucional, de uma modalidade particular de omissão do legislador. Nada no seu enunciado permite retirar a ilação de que não existem outros meios de controlar jurisdicionalmente as omissões do legislador, nem tão-pouco que não existem outras modalidades de omissão legislativa”⁷.

A omissão inconstitucional é uma categoria ampla e multifacetada. Analisando sua evolução, é possível perceber como esta – assim como a inconstitucionalidade em geral – envolve, além de um exame da validade do direito posto, outro, relativo à efetividade da Constituição, vale dizer, da sua capacidade de conformar a realidade social.

7 SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional Contra Omissões Legislativas*: contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 14.

III. A DICOTOMIA EM CRISE: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E SEU IMPACTO NA TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE

III.1. Conceitos tradicionais de omissão. A distinção entre omissão e lacuna.

Diversos autores conceituam a omissão constitucional de forma mais abrangente que a mera inércia legislativa – ainda que, em seguida, centrem sua atenção exclusivamente na segunda. Nessa linha, segundo Costantino Mortati, o conceito de omissão corresponde a qualquer tipo de abstenção a respeito do que seja prescrito pela Constituição⁸. Luís Roberto Barroso, em sua obra clássica *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, já acrescia à omissão do órgão legislativo aquelas dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Lei Maior, bem como a omissão normativa do Poder Executivo, manifesta na não expedição de regulamentos de execução das leis⁹.

Na mesma linha, Jorge Miranda dilata o conceito de omissão inconstitucional, de modo a abarcar a não realização de quaisquer funções do Estado que sejam objeto de disciplina pela Constituição. Para esse autor, as omissões podem ser normativas ou não normativas, envolvendo as funções administrativa, de governo, jurisdicional e legislativa¹⁰.

Sobre as omissões normativas, questão relevante é a da interação desse conceito com outras situações de silêncio normativo. Estes podem ter diferentes significados jurídicos, sendo tarefa do intérprete identificar com que hipótese se depara. Nessa linha, uma primeira distinção clássica na teoria geral do direito aparta lacuna técnica e silêncio eloquente. A primeira diz respeito à incompletude do sistema normativo, sendo passível de integração através de analogia, ou do recurso a princípios gerais do direito. O segundo corresponde à não previsão de algo pelo legislador de

8 MORTATI, Costantino. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore, *Il Foro Italiano*, v. 93, n. 9, 1970, p. 154.

9 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 160.

10 MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão. *Revista Direito e Liberdade*, v. 14, n. 1, 2012, p. 11.

forma intencional e deliberada, com a finalidade de excluir a matéria não contemplada da órbita de incidência da norma¹¹.

De acordo com essa distinção, a vontade do legislador quanto à inclusão de determinada situação no âmbito regulativo de uma norma seria o parâmetro essencial a diferenciar as lacunas técnicas dos silêncios eloquentes. Também na teoria da omissão inconstitucional se identifica a preocupação com o critério vontade do legislador na caracterização conceitual dessa figura. Nesse sentido, em estudo clássico sobre o tema, Costantino Mortati emprega como critério distintivo entre lacunas e omissões inconstitucionais o de que as primeiras podem se verificar involuntariamente, ao passo que as segundas seriam sempre decorrentes de um ato de vontade, bem como decorreriam da violação de um dever¹². Em linha oposta, Ignacio Villaverde conceitua a omissão como o silêncio que provoca situações jurídicas contrárias à Constituição¹³. Essa definição aberta tem por objetivo descolar a conceituação da omissão inconstitucional do requisito de haver o descumprimento de um dever constitucional de legislar, ou do requisito de haver uma intencionalidade do legislador quanto ao descumprimento.

Com base em sua ruptura com o requisito de ser necessária a presença de um dever de produzir normas descumprido voluntariamente para se configurar a omissão inconstitucional, Villaverde estabelece a distinção entre *teorias obrigatorionistas* e *não obrigatorionistas* da omissão inconstitucional, aderindo à segunda¹⁴. Teorias obrigatorionistas afastam a omissão inconstitucional da lacuna normativa, já que esta, conceitualmente, independe da avaliação do descumprimento consciente de um dever de editar normas. Em se tratando de uma omissão normativa – a qual, no mais das vezes, será identificada em um processo de controle de constitucionalidade de

11 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 525.

12 MORTATI, Costantino. *Appunti...*, op. cit., p. 154

13 VILLAVERDE, Ignacio. La Inconstitucionalidad por omisión – un nuevo reto para la justicia constitucional. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *En busca de las normas ausentes*: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 57 e ss.

14 Idem, *ibidem*, p. 59. Ainda sobre a temática da necessidade de haver descumprimento de dever normativo para que se configure a omissão inconstitucional, interessante observação é feita por José Julio Rodríguez, para quem essa compreensão decorre de uma incorporação, ao direito constitucional, do sentido de omissão tal qual concebido pelo direito penal. A omissão penalmente relevante corresponde ao deixar de atuar a que obriga a lei, sendo imprescindível a existência de um dever de agir legalmente previsto. RODRÍGUEZ, José Julio Fernández. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *En busca de las normas ausentes*: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 17-64.

natureza objetiva – a ênfase em uma suposta voluntariedade legislativa no descumprimento do dever de legislar parece descabida. Neste ponto, é a aferição pura e simples da ausência de concretização do comando constitucional no sistema normativo que assume relevância decisiva¹⁵.

Sob outro ângulo de análise, Jorge Miranda e Fernández Rodríguez também diferenciam lacunas de omissões, afirmando que apenas as primeiras seriam colmatáveis.

Jorge Miranda afirma que apenas as lacunas podem ser integradas pelo intérprete, mediante analogia ou enunciação da norma que criaria, se legislador fosse, à luz do sistema normativo. Já no caso das omissões inconstitucionais, não seria admissível similar preenchimento, em razão da multiplicidade de formas que a lei pode assumir ao concretizar as normas constitucionais¹⁶.

Fernández Rodríguez, por sua vez, argumenta que uma omissão inconstitucional não pode ser superada através da integração de lacunas pela interpretação de princípios constitucionais, já que, por definição, a omissão inconstitucional derivaria de uma inefetividade de dispositivo constitucional, o qual impõe um dever de legislar descumprido¹⁷.

De forma distinta, equiparando os conceitos, Gaetano Silvestri defende que as omissões correspondem a modalidades específicas de lacunas, que são as de tipo institucional ou normativo. As primeiras caracterizam-se por impossibilitar o funcionamento prático de órgãos ou entidades previstas na Constituição. Já as segundas dizem respeito a institutos, ou situações de fato que reclamam tratamento jurídico, mas não se encontram perfeitamente delineadas no texto constitucional¹⁸.

Há uma terceira linha de entendimento, que se pode denominar intermediária, integrada por Vezio Crisafulli e Ahumada Ruiz. Crisafulli afirma que, por vezes, a reparação de uma omissão legislativa inconsti-

15 Em perspectiva um tanto diversa, Jorge Pereira da Silva argumenta que ambas as perspectivas, se tomadas de forma isolada, são reducionistas. Para ele, a inconstitucionalidade por omissão constitui uma realidade bifronte, que engloba ambas as dimensões, a voluntarista, referente ao descumprimento de um dever de legislar, e a normativista, concernente ao resultado da inércia no plano do direito objetivo. Para fins de controle de constitucionalidade, contudo, é a perspectiva normativista a mais relevante. Para o autor, a perspectiva voluntarista adquire pertinência sob a ótica da responsabilidade civil do Estado por ausência de cumprimento do dever de legislar. Cf. SILVA, Jorge Pereira da. Op. cit., p. 13

16 MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão. *Revista Direito e Liberdade*, v. 14, n. 1, 2012, p. 45.

17 RODRÍGUEZ, José Julio Fernández. Aproximación..., op. cit., p. 28.

18 SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della Corte Costituzionale, *Giurisprudenza Costituzionale*, v. XXVI, n. 8, 1981, p. 1703.

tucional equivale ao preenchimento de lacuna, o que pode ser realizado através da extração da norma faltante de um princípio geral contido na Constituição¹⁹. Ruiz, de forma similar, identifica as omissões legislativas inconstitucionais com as lacunas, defendendo, entretanto, que estas podem, a depender do contexto normativo, ser ou não colmatáveis²⁰.

Inegavelmente, não é cabível falar em uma identidade absoluta entre lacunas e omissões inconstitucionais normativas. Ilustrativo dessa assertiva é a constatação de Larenz no sentido de que toda lei é lacunosa, já que nenhum diploma contém soluções para todo e qualquer caso que demande disciplina jurídica e que seja atribuível ao seu âmbito de regulação²¹. A equiparação desse atributo, inerente à indeterminação do Direito, com o fenômeno das omissões inconstitucionais, como se toda lei imperfeita contivesse omissões inconstitucionais, demandaria a adoção de um dirigismo constitucional extremo, ou a adoção de uma visão da Constituição como se esta tudo regulasse – o que Alexy denominou de Constituição como ordem fundamental em sentido quantitativo²². Tal entendimento amesquinharia de forma inaceitável o princípio democrático, pois esvaziaria a liberdade de ação do legislador.

19 CRISAFULLI, Vezio. La Corte Costituzionale ha Vent'Anni. In: OCCHIOCUPO, Nicola. *La Corte Costituzionale tra Norma Giuridica e Realtà Sociale*. Bilancio di vent'anni di attività. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 84.

20 RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 8, 1991, p. 178.

21 LARENZ, Karl. *Metodologia...*, op. cit., p. 519.

22 A ideia da Constituição como ordem fundamental do Estado e da sociedade é amplamente acatada, mas também muito criticada. De um lado, ela encerra a noção de vinculatividade e estabilidade da Constituição, bem como sua qualidade de pilar axiológico da comunidade. Todavia, há críticas importantes a essa concepção, elaboradas por teóricos que entendem que, de um lado, deve ser reservado um espaço maior às instâncias de representação tradicional (Executivo e Legislativo) e, de outro, uma Constituição abrangente traz embutida um aumento no poder judicial. Nesse sentido, Forsthoﬀ critica o entendimento da Constituição como um “ovo jurídico originário”, da qual provém desde o Código Penal até a legislação sobre termômetros. Já Böckenförde demonstra preocupação com a ascensão do Judiciário, afirmando que, caso a Constituição seja entendida como *ordem fundamental de valores* vinculantes, a liberdade estaria subordinada aos que detêm o monopólio da sua interpretação, abrindo as portas para uma forma de totalitarismo constitucional. Alexy, adotando uma posição que busca conciliar vinculação constitucional e liberdade legislativa, rejeita as críticas de Böckenförde e Forsthoﬀ. Segundo o autor, a Constituição pode ser vista como *uma ordem-fundamento* no sentido atribuído por Böckenförde se entendermos que ela encerra todas as ordens e possibilidades de conformação da ordem jurídica. Se isso fosse verdadeiro, seria válida a ironia do “ovo jurídico originário”, a que se refere Forsthoﬀ, e o legislador estaria subordinado ao Judiciário, a quem caberia interpretar tudo já o que fora decidido pela Constituição. Considerando o *princípio democrático* e a separação de *poderes*, Alexy sustenta que a Constituição é uma *ordem-moldura*, em que existe um espaço em que o legislador detém uma margem de ação, não estando obrigado a nem proibido de atuar. Em suas palavras: “a moldura é o que está ordenado e proibido. O que se confia à discricionariedade do Legislador, ou seja, o que não está ordenado ou proibido, é o que se encontra no interior da moldura”. ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, v. 22, n. 66, p. 13-64; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 40-43.

De outra parte, têm razão Villaverde e Ahumada Ruiz quando rechaçam – para a definição conceitual de omissão inconstitucional – a perquirição da presença de um deliberado propósito do legislador de descumprir um dever específico. Esse esquema conceitual pressupõe o parlamento como um agente singular, dotado de vontade unitária, recaindo nas mesmas dificuldades da teoria da *mens legislatoris*²³. Ademais, o que parece fundamental é que o descumprimento de um dever constitucional é fenômeno que se atesta através de critérios puramente objeto de avaliação (*e.g.*, adoção ou não de lei regulando assunto sobre o qual paire o dever de legislar, resultado da conduta legislativa na realidade social). Investigações relativas à intenção parlamentar tornam-se irrelevantes quando a ausência de norma produz resultados inequivocamente inconstitucionais.

Isso não significa, contudo, que entre as omissões normativas e as lacunas haja uma identidade conceitual plena. O que se identifica é uma relação de (parcial) causalidade entre as duas figuras: do descumprimento de um dever constitucional de legislar – isto é, de uma modalidade de omissão inconstitucional – decorre uma determinada modalidade de lacuna, cuja configuração, portanto, é dependente da manifestação dos pressupostos das omissões inconstitucionais de tipo normativo (fatores temporais e contextuais). Trata-se, assim, de uma *lacuna inconstitucional*, que resulta da omissão legislativa. Como visto, essa configuração representa uma modalidade singular de vazio normativo, pois que há outras hipóteses em que a falta de regulação gera lacunas que não ferem a Constituição diretamente. As consequências normativas da adoção desse esquema conceitual serão abordadas no próximo subtópico, especialmente quando do estudo das omissões superáveis e não superáveis.

O tratamento conceitual das omissões inconstitucionais incorre em outro problema. Apesar de a categoria ter sido formulada a partir de um contraste com a inconstitucionalidade por ação, essa dicotomia jamais foi absoluta. A aproximação dos conceitos, que exploramos adiante, pode ser identificada já no seu ponto de partida.

Como observa Jorge Pereira da Silva, a omissão absoluta pode ser descrita como um cenário de *inconstitucionalidade omissiva por ação*. O exem-

23 A respeito, v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 116 e ss.

plo emblemático é uma lei revogatória que produza uma omissão inconstitucional – *e.g.*, por violação ao princípio da vedação do retrocesso²⁴. É possível, ainda, que o vazio normativo inconstitucional seja proveniente de uma atuação comissiva do Poder Judiciário, ao invalidar lei integradora no controle de constitucionalidade por ação.

Na jurisprudência do STF, esse segundo exemplo pode ser ilustrado pelas decisões da Corte relativas à Lei Complementar n° 62/89, que disciplinava os critérios de uso dos recursos do Fundo de Participação dos Estados (FPE). Inicialmente, o ato normativo foi declarado inconstitucional no julgamento da ADI n° 875. A Corte optou, entretanto, por modular os efeitos da decisão, para que esta somente viesse a produzir efeitos após dois anos. Objetivava-se, com isso, dar tempo hábil ao Congresso Nacional para que expedisse nova norma a respeito do tema.

Findo o período demarcado, constatou-se ter permanecido inerte o Parlamento. A fim de se evitar graves efeitos sistêmicos decorrentes de um vazio legal sobre o tema, concedeu a Corte a medida cautelar pleiteada na ADO n° 23, conferindo nova sobrevida de 150 dias à produção de efeitos da lei. O *horror vacui* referente a atos normativos é hipótese típica no direito comparado de intervenções judiciais dotadas de maior criatividade²⁵. No caso, fica evidenciada a impossibilidade de se estremar, de forma estanque, a inconstitucionalidade por ação e por omissão, o que é ilustrado pela circunstância de que se deu continuidade ao controle da constitucionalidade de um mesmo ato normativo, inicialmente feito por ADI, através de ação de controle de inconstitucionalidade por omissão.

O mesmo deve ser reconhecido em relação às omissões inconstitucionais parciais. Também neste domínio é tênue a fronteira que separa as omissões da inconstitucionalidade por ação. Segundo entendimento do STF, que reconhece a fungibilidade entre a ADI e a ADO, quando em pauta a omissão parcial, nessa hipótese, os controles por ação e por omissão acabam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente, qual seja, a inconstitucionalidade de uma norma em razão de sua incompletude²⁶.

24 SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de...*, op. cit., p. 18.

25 PINARDI, Roberto. *L'Horror Vacui Nel Giudizio Sulle Leggi*: Prassi e Tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo Scopo di ovviare all'inerzia del legislatore. Milão: Giuffrè, 2007.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 875*. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 24 fev. 2010, DJ 30 abr. 2010.

A percepção de que as inconstitucionalidades por ação e por omissão são realidades mais próximas do que se supunha suscita questionamentos interessantes. Seriam as diversas modalidades de inconstitucionalidade por ação transplantáveis, ainda que parcialmente, aos domínios das omissões inconstitucionais? Há, independentemente disso, manifestações do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão carentes de reconhecimento e tratamento doutrinário mais apurado? Consideramos que essas hipóteses contêm dose razoável de consistência. No subtópico seguinte, serão explorados alguns julgados do STF à luz dessa perspectiva de investigação.

III.2. Modalidades infrequentes de omissão normativa inconstitucional

O fenômeno da omissão inconstitucional normativa – em especial legislativa – apresenta manifestações pouco recorrentes, quando não despercebidas. É bastante conhecida – e, aliás, de expressa consagração normativa, na Lei nº 9.868/99, através do art. 12-B, I, acrescido pela Lei nº 12.063/09²⁷ – a classificação entre omissões inconstitucionais totais e parciais.

No entanto, analisando-se a jurisprudência do STF, é possível identificar hipóteses que escapam a essa dicotomia, justificando um esforço de conceituação. Assim sendo, o presente tópico destina-se à apresentação das classificações das omissões inconstitucionais em *a)* originária e superveniente; *b)* direta e reflexa; *c)* superável e não superável.

Quanto à primeira das classificações propostas, a sua ideia básica segue o padrão lógico da inconstitucionalidade originária e superveniente na sua modalidade inicialmente identificada – controle por ação. Como se sabe, o STF reconhece a categoria da inconstitucionalidade progressiva, ou superveniente, ou lei ainda constitucional, para as hipóteses de normas que, embora, quando de sua edição, não fossem incompatíveis com a Carta constitucional, com o tempo adquirem esse vício. De forma aproximada, tem-se também essa situação nos casos em que a pura e simples invalidação da norma, por circunstâncias fático-normativas, agravaria o estado de inconstitucionalidade. Assim, preserva-se a norma temporariamente, para que, sobrevindo a concretização devida da Constituição – *e.g.*, pela elaboração de outros atos normativos – aquela lei ainda constitucional torne-se inválida por completo.

27 BRASIL. Lei nº 9.868/99, art. 12-B, I: “Art. 12-B. A petição indicará: I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa”.

Exemplo conhecido nesse sentido diz respeito ao art. 68 do Código de Processo Penal, o qual atribui ao Ministério Público a legitimação extraordinária para pleitear reparação quando o titular do direito for pobre²⁸. Como sabe, com o advento da Constituição Federal de 1988, a guarda e tutela dos hipossuficientes foi transferida para a Defensoria Pública. Entretanto, a automática não recepção do mencionado dispositivo do CPP promoveria, enquanto não plenamente instaladas as Defensorias Públicas em todos os estados da federação, uma inconstitucionalidade ainda mais grave, ao desgarnecer, por completo, os hipossuficientes de proteção jurídica²⁹.

Mais recentemente, também é possível observar na jurisprudência da Corte o reconhecimento – embora não com essa designação – de casos de omissão inconstitucional parcial superveniente. Esse fenômeno é observado na evolução da jurisprudência do STF no que tange ao requisito financeiro para se fazer jus ao benefício de prestação continuada (BPC), contido na Lei nº 8.742/93 (LOAS), art. 20, § 3º. A literalidade do dispositivo fixa critério objetivo para a aferição da miserabilidade, para fins de recebimento do benefício de um salário-mínimo. Inicialmente, o critério foi julgado constitucional pelo STF, no âmbito da ADI nº 1.232³⁰.

Contudo, após esse julgamento, observou a Corte que sobrevieram alterações fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (modificações legislativas dos patamares econômicos empregados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais) que desencadearam uma inconstitucionalização superveniente do comando legal. Tornou-se o art. 20, § 3º, da LOAS juridicamente insuficiente para a realização do comando constitucional que prevê, na forma da lei, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (CRFB/88, art. 203, V). Com a decisão, passou o Tribunal a admitir o emprego de outros critérios para a aferição casuística

28 BRASIL. Código de Processo Penal, art. 68: “Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.”

29 Foi o que reconheceu o Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 135.328. Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29 ago. 1994, DJ 20 abr. 2001.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 1.232, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator p/ Acórdão Ministro Nelson Jobim, julgado em 27 ago. 1998, DJ 01 jun. 2001.

da miserabilidade, superando-se obstáculo legal que impedia que a norma constitucional fosse concretizada em maior medida³¹.

Do cotejo entre os casos acima abordados é possível depreender que a classificação proposta não configura apenas uma perspectiva distinta de análise de um fenômeno idêntico. Note-se que, no caso da instalação da Defensoria Pública, a inconstitucionalização superveniente torna a norma incompatível *in totum* com a Constituição, o que a aproxima de um esquema típico de inconstitucionalidade por ação. Já no caso relativo ao Benefício de Prestação Continuada, o que se passa é distinto: a incompatibilidade normativa reside no fato de que a norma, com o tempo, torna-se insuficiente e desatualizada em face das ordens constitucionais em que se ampara, sendo esse o fator que atrai a sua caracterização como uma omissão parcial (na hipótese, superveniente)³².

Um segundo esquema classificatório proposto diz respeito à inconstitucionalidade omissiva por via direta e por via reflexa. Novamente, a classificação constitui adaptação do esquema já consagrado para a inconstitucionalidade por ação, ao fenômeno da omissão inconstitucional. O critério diz respeito à presença, ou não, de ato normativo hierarquicamente intermediário entre a Constituição e aquele reputado inconstitucional. Assim, lei ordinária incompatível com a Constituição configuraria hipótese de inconstitucionalidade direta, ao passo que, se a incongruência residir em decreto regulamentador da lei, a ofensa será reflexa. Como regra, a jurisprudência do STF considera apenas a ofensa direta à Constituição objeto possível de controle.

Um exemplo mostra como esse esquema distintivo pode ser aplicado à inconstitucionalidade por omissão. Recentemente, o Tribunal de Justiça e a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo editaram o Provimento Conjunto nº 03/2015, responsável por regulamentar as chamadas Audiências de Custódia. Por meio desse ato administrativo, ficou determinado que, em caso de prisão, deve a pessoa detida ser apresentada,

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 580.963. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18 abr. 2013, DJ 14 nov. 2013. A Corte Constitucional colombiana reconhece expressamente a categoria conceitual da omissão inconstitucional parcial superveniente, em hipótese de direito pré-constitucional. Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-533/12.

32 A Corte Constitucional colombiana, em *obiter dictum*, já reconheceu expressamente a categoria conceitual da omissão inconstitucional parcial superveniente, em hipótese de direito pré-constitucional materialmente incompatível com a nova Carta constitucional. COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença C-533/12.

até 24 horas após seu encarceramento, ao juiz competente, a fim de que se aprecie a legalidade do ato coercitivo.

Em apreciação da constitucionalidade do mencionado Provimento, adotou o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o ato confere concretude ao art. 7º, item 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o qual dispõe que *toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz*. Isso significa, embora a Corte suprema não tenha adotado essa nomenclatura, que a ausência de ato regulamentador dessa previsão normativa – que, por estar inserta em tratado de direitos humanos, ostenta o caráter supralegal – configura verdadeira *omissão inconvenional*³³, ao frustrar os objetivos desse ato normativo.

Mas não é só. Além disso, reconheceu o STF que o Provimento criado pelo TJSP regulamenta não só o citado preceito do *Pacto de San José da Costa Rica*, mas também concretiza a liberdade constitucional contra detenções indevidas, que o texto constitucional pretende garantir através do instrumento do *Habeas Corpus*. A conexão é evidente: possuindo a Carta constitucional um denso catálogo de garantias fundamentais, a concretização de previsão contida em instrumento internacional de proteção aos direitos humanos incorporado à ordem jurídica brasileira é, também, *ipso facto*, implementação da Constituição. Em perspectiva invertida, a ausência de normativa que materialize e operacionalize disposição prevista em tratado internacional de direitos humanos é, ainda que por via reflexa, omissão inconstitucional.

Por fim, é possível traçar uma distinção entre omissões superáveis e não superáveis. Essa última classificação é apresentada por Jorge Pereira da Silva, cujo magistério é no sentido de que o que diferencia essas formas de omissão é a possibilidade de se ultrapassar a situação de vazio normativo decorrente do descumprimento de dever de legislar através do recurso às normas jurídicas vigentes – isto é, pela via integrativa. Coloca-se em pauta, através desse critério distintivo, a possibilidade de se prescindir do legislador na superação da omissão a ele imputada³⁴.

Evidentemente, a classificação escapa da visão tradicional do princípio da separação de poderes, segundo a qual os órgãos que desempenham

33 BAZAN, Víctor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenionales*: Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. Bogotá: Konrad Adenauer, 2014.

34 SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de...*, op. cit., p. 91 e ss.

a jurisdição constitucional, por serem legisladores negativos, não estariam autorizados a superar omissões legislativas para sanar inconstitucionalidades. Entretanto, já não se afigura mais possível ater-se cegamente a essa perspectiva a respeito da natureza e função dos tribunais constitucionais e desviar os olhos do fenômeno das sentenças manipulativas – praticadas já há algumas décadas em Cortes Constitucionais europeias, sobretudo na italiana – e também, inequivocamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Encurtando-se, por brevidade, extenso debate doutrinário existente a respeito da técnica de decisão das sentenças manipulativas³⁵, uma das principais vertentes teóricas sobre esse assunto, que se adota no presente estudo, é a que a concebe como um mecanismo de integração de lacunas normativas³⁶. De forma igualmente simplificada, entendemos que o recurso ao mecanismo integrativo é possível nas situações em que seja possível identificar solução constitucionalmente obrigatória ao caso, isto é, unidade de solução normativa³⁷.

A manifestação mais emblemática das sentenças manipulativas são as sentenças aditivas direcionadas à tutela do princípio da isonomia. A hipótese é de uma omissão inconstitucional parcial relativa – a incompatibilidade com a Constituição decorre de o ato normativo atribuir tratamento diverso a categorias de destinatários diferentes, de forma ilegítima, isto é, sem esteio constitucional. Superando-se a visão tradicional de que, nessas hipóteses, nada restaria ao ente jurisdicional, senão a sinalização da inconstitucionalidade ao parlamento e a decretação de sua mora, essa espécie de sentença aditiva expande o âmbito de incidência pessoal da norma, incorporando o grupo discriminado ao tratamento normativo mais benéfico, independentemente de isso ser, ou não, comportado pela literalidade mínima do preceito controlado.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, hipótese indiscutível de sentença aditiva corresponde a julgado relativo à pensão por morte dos dependentes de servidores do estado de Minas Gerais. De acordo

35 Sobre a categoria das sentenças manipulativas, em caráter analítico, v. GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito*: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

36 Adotando essa perspectiva, v. CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Pádua: CEDAM, 1984, p. 407-8; SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della Corte Costituzionale, *Giurisprudenza Costituzionale*, v. XXVI, n. 8, 1981, p. 1684-1721; PICARDI, Nicola. Le sentenze integrative della Corte costituzionale. In: PICARDI, Nicola et. al. *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, v. 4, Roma: Giuffrè, 1977, p. 597-634.

37 CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto...*, op. cit., p. 407-408.

com o que preceitua a lei desse ente federado, Lei nº 9.380/86, art. 7º: “[c]onsideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta Lei: I - a esposa, o marido inválido, (...)”]. Rejeitando tese de que seria necessária a edição de lei específica a disciplinar o direito a pensão por morte a cônjuge supérstite do sexo masculino não inválido, o STF decidiu pela extensão do tratamento conferido pela lei às viúvas aos viúvos dependentes³⁸. Assim, considerou essa uma omissão inconstitucional superável por via integrativa. Inequivocamente, a pronúncia envolveu a superação dos limites semânticos do objeto de controle, sendo essa outra nota distintiva da conceituação de uma sentença como manipulativa³⁹.

Como visto, porém, nas situações em que não se vislumbrar uma solução constitucionalmente obrigatória apta a sanar a omissão inconstitucional, ter-se-á omissão inconstitucional insuperável, isto é, dependente de saneamento pela via tradicional, legislativa. A mais avançada teoria das técnicas de decisão espelha essa classificação através da divisão entre sentenças aditivas e aditivas de princípio. As segundas são aplicáveis nos casos em que o Judiciário, por não identificar solução constitucional unívoca que corrija a insuficiência normativa inconstitucional, restringe-se a ditar parâmetros ao legislador. Estes parâmetros judiciais devem, necessariamente, decorrer da Constituição, e visam a nortear a ação do Parlamento, quando da elaboração da lei que supere a omissão inconstitucional⁴⁰.

Caso típico de omissão inconstitucional insuperável é aquele que se opera quando há reserva absoluta de lei. O exemplo principal nesse sentido é o da legislação em matéria penal que tenha por finalidade prever um novo tipo penal, ou agravar o regime persecutório em relação a determinada conduta.

Recentemente, o STF se deparou com essa questão ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, proposta pela Procuradoria-Geral da República, na qual se pediu, por analogia ao crime de racismo, a criminalização da conduta da homofobia e transfobia. A deci-

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário* nº 699.199, Primeira Turma, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 26 mai. 2015, DJe 15 jun. 2015.

39 Distinguem-se essas espécies de sentença daquelas interpretativas – e.g., as que aplicam a técnica da interpretação conforme a Constituição, pela circunstância de que extrapolam os limites interpretativos do ato controlado, a ele agregando-se um *quid novi*, à luz da Constituição. Cf.: ZAGREBESY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: il Mulino, 2012, p. 391.

40 Sobre as sentenças aditivas de princípio, v. DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*. Paris: Economica, 1997, p. 279 e ss.

são, tomada por maioria de 8 ministros, liderada pelo Relator, Min. Celso de Mello, julgou procedente o pedido. Entendeu o Ministro que a decisão não configura analogia *in malam partem*, mas interpretação do conceito de racismo, de forma a englobar na repressão penal a sua dimensão social, na qual também se insere o preconceito contra minorias sexuais. Destacou-se, ainda, o art. 5º, XLI, da CF/88, conforme o qual: “*A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Restaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli, para os quais, em resumo, o enquadramento da homofobia e da transfobia, pela via judicial, no conceito de racismo para fins penais viola o princípio da reserva legal.

Em que pese a consistência e a força persuasiva dos argumentos apresentados pela maioria, permanecemos a considerar que a omissão deveria ter sido considerada como insuperável. Consideramos que a observância do princípio da legalidade em matéria penal integra o conteúdo mínimo do Estado de Direito, tratando-se de salvaguarda essencial da liberdade constitucional, sendo incompatível com essa garantia o reconhecimento de novo tipo penal pela via jurisdicional, por mais grave que seja a conduta enquadrada na norma proibitiva penal.

Significa isso que nada estaria ao alcance do STF nessa hipótese, a nosso juízo, devendo a Corte ter julgado a ação improcedente? A resposta é negativa. Inicialmente, parece fora de dúvida que, reconhecida a omissão inconstitucional, seria cabível ao tribunal adotar decisão de apelo ao legislador, a fim de que este atue no suprimento da omissão. A referida técnica de decisão é instrumento de diálogo entre os poderes, constituindo, neste sentido, uma forma de controle fraco de constitucionalidade.

Por outro lado, esse instrumental decisório pode ser encarado sob uma ótica de que frustra os objetivos constitucionais, já que a praxe institucional demonstra que, não raro, as decisões de apelo ao legislador não surtem os efeitos esperados, permanecendo o legislador inerte, o que, aliás, foi reconhecido pela maioria do tribunal nesse julgamento. De outra parte, ainda no caso específico da homofobia e transfobia, dados estatísticos informam a alarmante quantidade de homicídios computados, anualmente, no Brasil, movidos pelo ódio a minorias sexuais⁴¹. Essa situação é

41 Dados estatísticos sobre o tema apresentados de forma sintética podem ser acessados no Parecer da Procuradoria-Geral da República a respeito da ADO nº 26, no qual opinam pela procedência parcial da ação. Disponível em: <<http://www.>

pertinente para ilustrar que, por vezes, a omissão legislativa é apenas uma faceta de um fenômeno muito mais amplo, que configure uma inconstitucionalidade sistêmica, ou o que, recentemente, foi denominado pelo STF de estado de coisas inconstitucional⁴².

Essa questão nos conduz ao estudo das dimensões não normativas da inconstitucionalidade omissiva. Como introdução a esse tema, contudo, é indispensável tratar de formas mais consagradas de omissões inconstitucionais não normativas.

III.3. Omissões inconstitucionais não normativas

Como mencionamos anteriormente, não são poucas as conceituações doutrinárias de omissão inconstitucional que incorporam dimensões não normativas, apesar de aprofundarem apenas o exame das omissões normativas. Esse ponto está ligado à afirmação da Constituição como ordem fundamental não apenas do Estado, mas da sociedade como um todo.

Na jurisprudência nacional, um exemplo do processo de reconhecimento das omissões não normativas é a progressiva judicialização dos direitos sociais. O STF já admitiu expressamente que as políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais podem ser apreciadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁴³. Isso põe em xeque a compreensão predominante sobre os processos objetivos, segundo a qual estes encerrariam apenas o exame da ordem jurídica abstratamente considerada.

pgf.mpf.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2015.

42 O reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional sobre a homofobia e transfobia no Brasil tornaria possível ao STF lançar mão de um arsenal mais complexo de mecanismos decisórios do que um simples apelo ao legislador. Neste sentido, não se pode deixar de cogitar da coordenação pelo STF da adoção de outras providências, de caráter normativo – respeitada a reserva de lei absoluta para a cominação de novos tipos penais – e material, de modo a se superar esse grave estado de inconstitucionalidade. Ilustrativa dessa hipótese seria a determinação de formulação de políticas públicas voltadas a promover campanhas educacionais de combate à homofobia em escolas e instituições públicas, bem como destinadas ao combate da discriminação desses grupos no mercado de trabalho, dentre outras medidas, devendo a implementação desse arsenal ser monitorado pelo Judiciário. Essa nos parece a solução que melhor concilia o mandamento constitucional de proteção aos direitos fundamentais com a necessidade de observância a salvaguardas do princípio democrático e do estado de direito, reservando-se um espaço em que cabe exclusivamente ao legislador a superação da inconstitucionalidade. Tendo em vista as limitações da ADO, essa solução demandaria o recebimento da ação como ADPF, em aplicação do entendimento da Corte de fungibilidade entre as ações de controle objetivo de constitucionalidade. Entendemos que a observação conserva a pertinência mesmo após o julgamento, tendo em vista, ademais, as limitações dos instrumentos do direito penal na conformação da realidade social.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 1698. Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 25 fev. 2010, DJe 16 abr. 2010: “há possibilidade, sim, de a Constituição ser descumprida por uma omissão em relação a políticas públicas que são exigidas das entidades do Poder Público”.

Nessa linha, não apenas a ausência de atos normativos, mas também a inexistência de programas de governo que efetivem as normas de direitos fundamentais torna-se objeto de análise da Corte – em processos objetivos –, a fim de se mensurar se o comportamento dos agentes estatais está, ou não, conforme a Constituição. Mantendo-se a divisão de que o que difere os processos subjetivos e objetivos é ser, ou não, a tutela de direitos subjetivos o cerne da prestação jurisdicional, essa nova leitura do controle de constitucionalidade implica, sem o abandono dessa dicotomia, o reconhecimento de que a tarefa de velar pelo cumprimento da Constituição não é apenas examinar a compatibilidade entre atos normativos (validade), mas, também, fiscalizar a sua realização pelos agentes públicos (efetividade). Essa atividade nada mais é que um monitoramento e coparticipação, pelo Judiciário, da materialização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O dever de proteção a esses direitos também recai sobre os juízes e não se exaure na análise das normas por expedientes interpretativos⁴⁴.

A implementação dos direitos sociais é uma matéria que guarda conexão estrita com o tema das omissões. A crescente judicialização desses direitos – bem como acolhimento das demandas pelo Judiciário – traz implícita a concepção de que os entes públicos não adimpliram seu dever de materializar os comandos constitucionais, ou seja, pressupõe o reconhecimento de omissões materiais inconstitucionais⁴⁵. Vale destacar, ainda, que o STF tem apreciado um amplo espectro de situações envolvendo omissões não normativas tendo como parâmetro direto normas constitucionais programáticas, rejeitando a visão de que elas demandariam inexoravelmente *interpositio legislatoris* para produzirem efeitos e se tornarem vinculantes⁴⁶.

O impacto desse quadro na visão legiscêntrica da omissão inconstitucional é evidente, ao retirar do parlamento o monopólio da atenção sobre o dever de cumprimento da Constituição. Também outros entes, como órgãos executivos, entram em foco. Com isso, a análise da atuação de todos os agentes públicos é alçada à condição de objeto de controle de

44 MARTÍNEZ, Julian Tole. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación, *Cuestiones Constitucionales*, n. 15, 2006, p. 285.

45 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Iuris*, v. 08, 2015, passim.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário* nº 393.175. Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12 dez. 2006, DJ 02 fev. 2007.

constitucionalidade em processos objetivos. É ilustrativa dessa tendência a incorporação, pela lei que instituiu a ADPF, do controle concentrado de “atos do poder público”, abarcando, assim, não apenas os atos normativos, mas também políticas e ações concretas dos agentes do Estado. De outra parte, deixam de ser relevantes para o estudo da omissão inconstitucional apenas as normas constitucionais que explicitamente remetem ao legislador, através de cláusulas típicas como “na forma da lei”, que caracterizam as normas de eficácia limitada.

III.4. A convergência na análise de ações e omissões inconstitucionais: a inconstitucionalidade sistêmica e a importação pelo STF do conceito colombiano de “estado de coisas inconstitucional”

A evolução do conceito de omissão e as classificações aqui analisadas indicam a progressiva convergência entre as noções de inconstitucionalidade por ação e por omissão, em vista da pluralidade e da complexidade dos meios pelos quais as constituições são infringidas.

É possível afirmar que a aproximação decorre, entre outros fatores, do entendimento de que as normas são produtos de interações complexas entre os enunciados textuais e a realidade que visam a regular. Partindo dessa perspectiva, mais importante do que avaliar a conformidade entre ações ou omissões legislativas e políticas com as prescrições textuais da Constituição, é avaliar as consequências dessas condutas estatais, vale dizer, quais são os resultados que produzem⁴⁷.

Paralelamente, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da qual dimanam efeitos de irradiação, deveres de proteção pelo Estado, bem como o princípio de vedação da proteção deficiente⁴⁸,

47 Nesse sentido, v. SANTOS, João Paulo de Aguiar. *Omissões Legislativas Inconstitucionais: reflexões acerca do seu delineamento teórico e da legitimidade democrática do seu controle*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013; SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios Constitucionales*, ano 7, n. 2, 2009, p. 34; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao ‘Estado de coisas inconstitucional’*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 56.

48 A compreensão de que os direitos fundamentais ostentam uma dimensão objetiva, que deflagra efeitos de irradiação sobre toda a ordem jurídica e que enseja deveres de proteção pelo Estado e impõe uma proibição de proteção deficiente, foi originariamente construída na jurisprudência alemã, e tem acolhida no STF, que os menciona em diversos arestos. O Ministro Gilmar Mendes, em passagem de seu voto vista no HC nº 96.759/CE, apresenta uma boa síntese da interligação entre essas três noções: “A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida, uma nova dimensão

encerra a ideia de que há um amplo feixe de ações normativas e materiais que a Constituição impõe aos poderes públicos, de modo que a superposição e variedade de comportamentos inconstitucionais advêm da própria compreensão do que a ordem constitucional ordena.

Considerado esse panorama, a recente decisão da ADPF nº 347, que postula a intervenção do Judiciário no calamitoso e flagelante sistema carcerário brasileiro, pode ser entendida como um ponto culminante do reconhecimento da inconstitucionalidade como fenômeno multidimensional. O Tribunal, nesse julgamento, promoveu a importação do conceito de estado de coisas inconstitucional, há quase duas décadas empregado pela Corte Constitucional da Colômbia.

A afirmação da existência de um estado de coisas inconstitucional surgiu na jurisprudência colombiana em 1997 (sentença SU-559), quando foi apreciada a omissão estatal em garantir direitos previdenciários aos professores municipais. No precedente, a Corte reconheceu que havia um quadro mais amplo, que ia além do pedido dos litigantes, reconhecendo que uma série de falhas estruturais confluía para a existência de um *estado de coisas inconstitucional*. Assim, impôs a correção da inconstitucionalidade aos outros municípios em situação semelhante, determinando que fosse sanada, em prazo razoável, a situação de todos os docentes. A fundamentação da intervenção judicial nas políticas públicas se apoiou no art. 113 da Constituição colombiana, que contempla a divisão de poderes e determina que os ramos do Estado “colaborem harmonicamente para a realização de seus fins”. Aparece ainda na fundamentação o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A categoria permitiu à Corte Constitucional atribuir efeitos objetivos e gerais às decisões tomadas em pedidos de tutela individual com

aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “adversário” para uma função de guardião desses direitos. É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais. **Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote).** Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote)”. (grifamos). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 96.759, Segunda Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 28 fev. 2012, DJe 12 jun. 2012.

potencial de multiplicação. No conhecido julgamento sobre o sistema carcerário (T-153 de 1988), a corte destacou: i) o caráter geral dos direitos aplicáveis; ii) as causas estruturais das violações, que não decorriam da ação apenas da autoridade demandada, exigindo o acionamento de diversos agentes estatais; iii) a circunstância prática de que, se todos os titulares do direito postulassem a tutela, haveria um congestionamento desnecessário do Judiciário, sendo mais “indicado dar ordens às autoridades competentes a fim de que ponham em ação suas faculdades para eliminar esse estado de coisas inconstitucional”. Estava presente, na formulação do instituto, o propósito de conferir uma solução ampla e transcendente aos pedidos apresentados em tutelas individuais com potencial de multiplicação, evitando a sobrecarga do aparato judiciário.

Ao longo dos anos, diversas decisões recorreram à categoria em pauta. Os mais conhecidos tratam da trágica situação das pessoas deslocadas em função dos conflitos armados no país. São múltiplos os casos em que a Corte colombiana se ocupou do tema. A primeira, que constituiu o ponto de partida, foi a sentença T-024, de 2004. Também importante foi a decisão T-068, de 2010. Nesse julgamento, a Corte enumerou vários argumentos que recapitulavam os julgamentos precedentes e reforçavam o diagnóstico quanto à existência de um estado de coisas inconstitucional, relacionando-o à persistência e extrema gravidade das violações. De acordo com a decisão, o problema das populações deslocadas poderia ser qualificado como:

“i) ‘um problema de humanidade que deve ser enfrentado em conjunto por todas as pessoas, a começar, como é lógico, pelos funcionários do Estado’; (ii) ‘um verdadeiro estado de emergência social, iii) ‘uma tragédia nacional que afeta o destino de inúmeros colombianos e que marcará o futuro do país durante as próximas décadas’ iv) ‘um grave perigo para a sociedade política colombiana’; v) um ‘estado de coisas inconstitucional’ que ‘contradiz a racionalidade implícita no constitucionalismo’ para causar uma ‘evidente tensão entre a pretensão de organização política e a profícuca declaração de valores, princípios e direitos contidas no Texto Fundamental e a diária e trágica constatação da exclusão de milhões de colombianos desse acordo’⁴⁹. (*tradução livre*)

49 COLÔMBIA. Corte Constitucional. T-068 de 2010.

Apesar da ampla atenção dado ao tema, não existe uma conceituação sólida e unívoca do estado de coisas constitucional. É ilustrativa dessa indeterminação conceitual a compilação realizada por Róman Corredor, que lista dez elementos característicos do “estado de coisas inconstitucional” na jurisprudência colombiana. Sem juízo de valor a respeito da concordância com todos os aspectos elencados pelo autor, confira-se a sua enumeração:

“A) Inobservância reiterada e geral das liberdades e direitos essenciais pelos poderes públicos. B) Adoção de práticas constitucionais por ditos poderes. C) A omissão dos órgãos competentes em matéria de defesa de direitos constitucionais em adotar as medidas corretivas a violações desses direitos. D) A manutenção de normativas transitórias e provisionais em matéria de direitos fundamentais, como o da autonomia e independência do poder judicial e seu regime disciplinar. E) O ativismo judicial. F) A temporariedade de juízes. G) O funcionamento deficiente e o desempenho insuficiente dos organismos judiciais e de defesa e proteção dos direitos fundamentais. H) O exercício de delegação legislativa ilimitada pelo Poder Executivo. I) A impunidade em delitos de corrupção e contra os direitos humanos. E, J) A substituição dos mecanismos formais de reforma constitucional e do poder constituinte pela justiça constitucional”⁵⁰. (tradução livre)

Em termos gerais, é possível identificar alguns aspectos que se repetem com maior frequência no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pela Corte da Colômbia, quais sejam: i) a multiplicidade de pessoas atingidas pelas violações, que tornaria impossível ou indesejável a tutela individual; ii) a persistência das violações; iii) a circunstância de não haver uma única autoridade imputável, capaz de sanar as violações; iv) o fato de as violações decorrerem de causas estruturais e v) a gravidade das violações⁵¹.

50 CORREDOR, Róman J. Duque. Estado de Derecho y justicia: desviaciones y manipulaciones. El Estado de cosas inconstitucional, Provincia Especial, 2006, p. 343-344.

51 Entre nós, Carlos Alexandre Campos esboça a seguinte conceituação: “Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas In-

Na decisão do STF que empregou o conceito, o relator destacou a severidade e persistência das violações a direitos humanos nos presídios brasileiros, afirmou que a responsabilidade seria atribuível aos três poderes do Estado, bem como a todos os entes da federação, já que as transgressões maciças decorrem da falta de coordenação institucional entre os agentes públicos e de falhas estruturais⁵². Nos votos que até agora circularam, porém, não foi dado grande destaque aos argumentos relacionados à necessidade e utilidade de uma solução coletiva, talvez pela circunstância de não haver, a exemplo do que ocorre na Colômbia, a necessidade de superar uma limitação de ordem processual. Entre nós, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que deflagra controle concentrado da constitucionalidade, já pressupõe naturalmente uma decisão de alcance transcendente e vinculante⁵³.

Apesar do destaque dado ao tema em virtude do ativismo da Corte Constitucional colombiana, vale destacar que não foi essa a experiência comparada – tampouco esse o momento histórico – em que tal modelo de adjudicação surgiu. De fato, mudança similar quanto ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário foi experimentada nos Estados Unidos, através da denominada *structural litigation*⁵⁴. Como a conceitua Owen Fiss,

constitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 01 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

52 O Ministro Relator destacou que “[a] inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes”. As leis que preveem direitos aos presos não se tornam efetivas, e nada se faz para mudar isto. Tem-se, assim, o “mau funcionamento estrutural e histórico do Estado (...) como fator de violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade”. Disponível em: <<http://cdn.jota.info/wp-content/uploads/2015/08/ADPF-MC-347-Voto.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

53 Está em tramitação o Projeto de Lei do Senado Federal nº 736, de 2015, que, alterando a Lei da ADPF e o Novo Código de Processo Civil, busca estabelecer limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo STF e dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. O projeto encontra-se sob a apreciação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

54 A expressão *structural litigation*, usada de forma intercambiável com *public law litigation*, busca designar um modelo de litigância atrelado à judicialização de políticas públicas. Através dessa, busca-se a implementação de mudanças estruturais de modo a se promover um bem comum futuro. O conceito é construído em oposição ao modelo tradicional de litigância individual (*private litigation*), tendo como diferenças as circunstâncias de que, nesse último, usualmente tem-se por objeto uma lide que diz respeito a particulares bem definidos, que compõem a relação processual de forma adversarial. Já na *public law litigation*, as pessoas diretamente relacionadas ao tema judicializado são amorfas e difusas, bem como o tipo de intervenção que se requer do Judiciário é mais complexo. V. NEFF, Emma C. From Equal Protection to the Right to Health: Social and Economic Rights, Public Law Litigation, and How an Old Framework Informs a New Generation of Advocacy, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, v. 43, n. 2, 2009, p. 158-159. A respeito, cf., ainda, BARCELLOS, Ana Paula de. Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality: A Case Study from Brazil, *Health and Human Rights*, v. 16, n. 2, 2014, p. 35-46.

trata-se do instrumento através do qual o Judiciário busca reorganizar instâncias burocráticas de modo a torná-las compatíveis com a Constituição⁵⁵. Mediante essa técnica, busca-se a contenção e reversão de quadros de violações sistêmicas a direitos fundamentais⁵⁶.

Como ensina Fiss, o referido modelo de litigância surge no direito norte-americano como uma ferramenta necessária para implementar a decisão tomada pela Suprema Corte em *Brown v. Board of Education*. O esforço de traduzir essa decisão para a prática institucional e social do país representou uma radical transformação do *status quo*, enfrentando formas difusas de resistência. Efeito tão intenso não poderia ser atingido através de uma decisão que, pura e simplesmente, declarasse a inconstitucionalidade de uma prática⁵⁷. Por esse motivo, em decisão proferida pela Suprema Corte no ano seguinte à inicial – conhecida como *Brown II*, de 1955 – foi atribuída às autoridades escolares a responsabilidade por criar mecanismos que tornassem possível a dessegregação racial no sistema de ensino público americano, decidindo-se, ainda, que caberia ao Poder Judiciário federal em escala nacional as tarefas de monitorar as providências a serem adotadas e combater abusos e obstruções à decisão⁵⁸.

Com a adoção desse modelo decisório, assume o Judiciário um papel de motor de reformas das instituições públicas. Essa forma de jurisdição é considerada o protótipo do modelo decisório associado ao reconhecimento de estados de coisas inconstitucionais, defendendo-se a sua incorporação em outros países⁵⁹. Desde a experiência com a equalização racial no acesso à educação, esse modelo de litigância foi aplicado para se buscar injetar valores constitucionais em estruturas, ou funções governamentais, de modo a reverter práticas, costumes ou estados já sedimentados incompatíveis com a Constituição, como as condições dos detentos no sistema prisional, ou abusos cometidos por forças policiais⁶⁰. Recentemente,

55 FISS, Owen M. The Allure of Individualism, *Iowa Law Review*, v. 78, n. 1, 1993, p. 965.

56 HIRSCH, Danielle Elyce. A Defense of Structural Injunctive Remedies in South African Law, *Oregon Review of International Law*, v. 9, n. 1, 2007, p. 19.

57 FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice, *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, 1979, p. 3.

58 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Brown v. Board of Education* - 349 U.S. 294 (1955).

59 HIRSCH, Danielle Elyce. A Defense..., op. cit., p. 26.

60 FISS, Owen M. Foreword... op. cit., p. 4.

destaca-se, ainda, a assunção de técnicas decisórias desse tipo em Cortes Internacionais de proteção aos direitos humanos⁶¹.

A legitimidade desse tipo de atuação jurisdicional não é imune a críticas e receios doutrinários. De um lado, afirma-se que são as circunstâncias fáticas – e não a interpretação constitucional de forma isolada – que permitem essa concentração de poderes no Judiciário⁶². De outro, questiona-se o risco de que mudanças profundas na realidade sejam motivadas não por leituras *corretas* do texto constitucional, mas por leituras exóticas que os julgadores apresentem.

Segundo David Landau, a análise das experiências comparadas que adotaram mecanismos dessa natureza indica que, para concretizar metas ousadas como as que caracterizam esse modo de litigância, parece ser condição imprescindível a presença de forte apoio difuso, com relativa homogeneidade de visão acerca dos meios de solução da questão⁶³. Isso significa que a abertura do Judiciário à participação e manifestação de entidades e agentes ligados à implementação que se busque desse direito é vital para o sucesso desse tipo de empreitada⁶⁴.

A observação diz respeito também a outro risco associado à adoção de modelos de *structural litigation*, que é o de que o Poder Judiciário não seja dotado da capacidade institucional para levar a efeito esse tipo de plano, não sendo capaz de prever as consequências da sua atuação ou evitar fracassos, como o ocorrido no cenário colombiano no que diz respeito a tentativas de reforma do acesso à saúde naquele país⁶⁵.

61 HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, 2015, p. 1-40.

62 NEFF, Emma C. From Equal Protection to the Right to Health: Social and Economic Rights, Public Law Litigation, and How an Old Framework Informs a New Generation of Advocacy, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, v. 43, n. 2, 2009, p. 152 e ss.

63 LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement, *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, 2012, p. 237.

64 Sobre a experiência colombiana de participação de entidades da sociedade civil na atuação da Corte no que diz respeito, cf. a notícia jornalística a respeito da população deslocada: UPRIMNY, Rodrigo. Vergüenza y esperanza. *El Espectador*, [S.J], 19 set. 2015. Disponível em: <<http://www.elespectador.com/opinion/vergüenza-y-esperanza>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

65 Idem, *ibidem*. No mesmo sentido, v. NEFF, Emma C. From Equal Protection..., op. cit., p. 153. Atribui-se a Lon Fuller a formulação clássica dessa crítica, rejeitando o autor *in totum* a adoção de modelos de adjudicação que extrapolem o esquema tradicional de resolução de lides entre partes bem definidas. Cf. FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, 1978, p. 353-409.

IV. A INCONSTITUCIONALIDADE SISTÊMICA, MULTIDIMENSIONAL E GRAVE. A REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A INTENSIDADE E GRAVIDADE DAS VIOLAÇÕES COMO LIMITE AO DIRIGISMO JURISDICIONAL

Como já destacamos no início desse trabalho, o conhecimento convencional define a inconstitucionalidade como um fenômeno relacional, de incompatibilidade entre comportamentos e comandos constitucionais, focalizando prioritariamente as condutas estatais, em geral, e as legislativas, em particular. A evolução do conceito de inconstitucionalidade, porém, não tem acompanhado de forma organizada as transformações recentes do constitucionalismo contemporâneo. As inúmeras classificações e variações da noção de inconstitucionalidade são ilustrativas do processo de desgaste conceitual. Estaria o conceito de inconstitucionalidade em vias de se tornar um “conceito essencialmente contestado”? Ou seria possível desenhá-lo de forma a abarcar suas múltiplas facetas?

De forma esquemática, podemos elencar os seguintes aspectos presentes nas variadas formas de inconstitucionalidade: i) *o aspecto relacional*, de comparação entre dois elementos que se encontram em posições hierarquicamente distintas; ii) *o aspecto subjetivo*, que pressupõe verificar o agente que produz a inconstitucionalidade; enquanto nas concepções clássicas esse agente é essencialmente o Estado, nas últimas décadas o controle passa alcançar, também, os particulares; iii) *o aspecto paramétrico*, vale dizer, o referencial tomado como norma superior e imperativa; aqui entra em cena a natureza e o alcance da Constituição; a expansão desse referencial passa pelo advento do constitucionalismo social, pelo reconhecimento da imperatividade das normas programáticas e pela inclusão dos tratados no bloco de constitucionalidade; vi) por fim, integra o conceito de inconstitucionalidade *o aspecto prático*, que se refere ao tipo de conduta que contrasta com o parâmetro superior. Nas leituras tradicionais, o foco recaía sobre comportamentos ativos contrários às normas constitucionais, bem como sobre a produção de atos em desconformidade com os procedimentos previstos na Constituição. As omissões inconstitucionais, analisadas no tópico precedente, são o ponto de virada do processo de ampliação das condutas inconstitucionais. As atuais dificuldades de formular uma decomposição segura que aparte ações e omissões indica a necessidade de superar a dicotomia.

Com efeito, ainda que tenhamos ao longo deste artigo priorizado o exame das omissões inconstitucionais, é interessante notar que, afóra o caráter relacional (de comparação), todos os aspectos que integram o conceito de inconstitucionalidade foram expandidos nas últimas décadas. Há uma relação de implicação recíproca entre essas mudanças de paradigma e o conhecido fenômeno global de crescimento do protagonismo do Judiciário. Naturalmente, essa nova realidade intensifica a tensão ancestral entre constitucionalismo e democracia. Por isso, o tratamento teórico do fenômeno da inconstitucionalidade não prescinde da avaliação sobre de que forma a autonomia democrática e a liberdade do legislador devem ser tomadas em conta quando de sua análise. Se a inconstitucionalidade é um fenômeno que, não raro, se apresenta de forma sistêmica e multidimensional, de que forma será possível calibrar o raio de ação do Judiciário, preservando uma arena significativa para a deliberação democrática? Em nossa visão, a fórmula para integrar essas duas grandezas em oposição ao conceito de inconstitucionalidade é operar com uma análise de gradação, incorporando a este último a *intensidade da violação*. A existência de um grau acentuado de incompatibilidade entre as normas constitucionais e os comportamentos analisados torna-se, assim, um elemento decisivo para sua qualificação em juízo como inconstitucionais. Trabalhando a partir de uma ótica gradualista, o reconhecimento de que a inconstitucionalidade pode se manifestar de forma multidimensional não acarretará a transformação do Judiciário na espinha dorsal do constitucionalismo, no dirigente definitivo e supremo de todas as controvérsias que possam, de forma direta ou indireta, ser reconduzidas à constituição.

Ao inserir uma dimensão quantitativa na formulação do conceito de inconstitucionalidade, inspiramo-nos na teoria das margens de ação, de Robert Alexy, calcada na compreensão da Constituição como ordem-moldura em sentido qualitativo. Embora desenvolvida, inicialmente, com foco na relação entre Constituição e Parlamento, é certo que o seu cerne diz respeito à forma de se acomodar o convívio entre órgãos eleitos democraticamente e órgãos não eleitos, responsáveis por controlar as atividades dos primeiros à luz da Constituição. Assim, seu esquema básico pode ser transplantado para a estrutura estatal de modo geral, já que nenhum órgão público se situa em uma espécie de zona franca da Constituição. Nessa linha, propomos aplicar à ideia de constitucio-

nalidade globalmente considerada uma avaliação sobre a intensidade e abrangência da violação às normas constitucionais: quanto mais grave for o grau de inefetividade constitucional, mais forte deve ser a intervenção jurisdicional corretiva. Na mensuração da intensidade da violação, deve-se ter em conta aspectos como o caráter disseminado da prática, bem como o seu enraizamento. Nos cenários de violações gravíssimas, estaremos diante de práticas inconstitucionais tão sedimentadas e naturalizadas que assumem os contornos de verdadeiros costumes inconstitucionais, nos quais se verificam a passividade e anestesia, tanto das instituições estatais como da sociedade em geral.

A adoção de um critério quantitativo decorre também da constatação de que a configuração de uma inconstitucionalidade envolve, além de um exame de validade, outro de efetividade. Essa relação pode se manifestar de formas pouco intuitivas, como ilustra o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente. Na aferição desta, é a concretização do projeto constitucional por mudanças fáticas e jurídicas que produz a nulidade da norma impugnada, e não o mero cotejo textual dos dispositivos legais e constitucionais⁶⁶. Isso demonstra que a inconstitucionalidade de um ato normativo é influenciada pelos fatos, ou – pondo em outros termos – que efetividade e validade são fenômenos que se entrelaçam no exame da congruência entre um ato e a Constituição.

É certo, porém, que a avaliação quantitativa da inconstitucionalidade deve vir acompanhada de um exame qualitativo, que tenha em conta a importância axiológica das normas violadas. Em Constituições extensas e detalhistas, como a nossa, há uma enorme heterogeneidade na relevância valorativa dos dispositivos. Nessa ordem de ideias, a inefetividade quanto à implementação de normas apenas formalmente constitucionais é menos grave do que o descumprimento de normas que integram o núcleo material que conforma a identidade valorativa da Constituição. Assim, ao *standard* anterior deve ser associado outro, relativo à vertente qualitativa da inconstitucionalidade, que pode ser ex-

66 Assim, retomando-se os exemplos já apresentados no tópico III.2, no exemplo da implementação da defensoria pública, é a concretização desse objetivo, disposto na Constituição, que, supervenientemente, torna inconstitucional o art. 68 do CPP, que atribui ao Ministério Público a legitimação para pleitear reparação quando a vítima for pobre. No caso do Benefício de Prestação Continuada, é a previsão em outros diplomas legais de critérios mais benéficos de acesso a benefícios assistenciais do art. 20, § 3º, da LOAS – originalmente constitucional – que o torna insuficiente diante da Constituição, a qual busca conferir graus progressivos de assistência aos desamparados.

presso através da seguinte proposição: quanto mais relacionada à tutela dos direitos fundamentais e aos princípios basilares for a norma usada como parâmetro para verificação da inconstitucionalidade, mais intenso deve ser o grau de intervenção jurisdicional.

Nesse ponto, cabe questionar em que medida a formulação colombiana acerca do estado de coisas inconstitucional é útil no panorama brasileiro, ou, colocando em outros termos, de que forma sua incorporação deve ser acompanhada de *standards* de interpretação e conceitos próprios, voltados para nosso sistema e realidade. Possivelmente, a partir do julgamento da ADPF nº 347, a expressão foi incorporada ao vocabulário constitucional de forma irreversível. Ocorreu, nesse caso, o fenômeno que Alonso Freire denominou *importação constitucional*⁶⁷. A importação de ideias constitucionais é uma prática ubíqua no constitucionalismo contemporâneo, podendo ser caracterizada como o processo pelo qual órgãos políticos e judiciais – especialmente Cortes Supremas e Constitucionais – introduzem no sistema jurídico nacional, por meio de legislação e de precedentes, institutos, técnicas e outras construções legislativas e judiciais estrangeiras em matéria de direito constitucional.

A vantagem desse processo de circulação de ideias e institutos estrangeiros é atribuir ao direito um caráter mais dinâmico, deliberativo e cosmopolita. De fato, uma abordagem paroquial da Constituição pode privar a jurisdição constitucional de visões distintas e enriquecedoras, impedindo que os operadores jurídicos consigam “pensar fora da caixa”. De outro, há três riscos que o fenômeno encerra. O primeiro, nosso velho conhecido, é o imperialismo de ideias, em que apenas os países centrais exportam conceitos e práticas, absorvidas, não raro acriticamente, pelos países periféricos. O segundo, também usual, é a incorporação seletiva e enviesada de um instituto ou conceito, que é empregado de forma descontextualizada e deformada, com o único propósito de conferir subsídios que apoiem a tese sustentada pelo “agente importador”. Por último, mais inofensivo, é o uso de ideias estrangeiras com função meramente decorativa, com o propósito de conferir aparência de erudição à argumentação em pauta.

Sopesadas as vantagens e desvantagens do livre trânsito de ideias constitucionais entre países, é ainda assim imperioso ter como ideal

67 FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. JOTA, [S.L.], 17 nov. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/jota-mundo-importacao-de-ideias-constitucionais>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

regulativo que esses processos não representem a perda da identidade constitucional. Toda Constituição tem uma dimensão cultural própria⁶⁸ que, posta em diálogo com outras, pode evoluir sem se tornar uma caricatura ou um *patchwork* de feições alheias. Propomos, assim, que o processo de assimilação de conceitos externos corresponda a uma forma de **antropofagia constitucional**⁶⁹, do qual resulte uma *absorção sem imitação*, para que possamos construir nossas narrativas constitucionais sem veneração por catequismos externos. Defender que se impõe uma reconstrução dos conceitos importados não corresponde à afirmação de uma espécie de anti-imperialismo constitucional, mas sim sustentar que nosso constitucionalismo deve enunciar narrativas de autoria própria, ainda que esta resulte da mistura de variados elementos das culturas constitucionais provindas de realidades sociais distintas (como a europeia e norte-americana), similares (como as latino-americanas e das democracias recentes) e de seus múltiplos referenciais internos⁷⁰.

É certo que os riscos de importação acima enumerados não se apresentam quanto ao conceito de estado de coisas inconstitucional. Há

68 Sobre as complexas relações entre Constituição e cultura, é interessante a contribuição de Peter Häberle, que afirma que a teoria constitucional é sempre parte integrante de uma realidade cultural, entendida a partir de três eixos: tradição, inovação e pluralismo. O pluralismo liga-se ao entendimento do autor de que a Constituição é uma realidade aberta, ao mesmo tempo que constituiu a herança cultural do povo, de sua tradição e de sua experiência histórica, assim como o reflexo de suas esperanças e expectativas futuras. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Technos, 2000, passim.

69 Dado o cerne temático do presente estudo, o melhor desenvolvimento do conceito de antropofagia constitucional será deixado para ocasiões futuras.

70 O Movimento Antropófago foi lançado na década de 1920 por Oswald de Andrade, enunciando a ideia de mestiçagem cultural e rejeitando a importação acrítica da cultura estrangeira. Como afirma José Paulo Paes: “[A]o aderir de corpo e alma à voga do primitivo, os vanguardistas de 22 não estavam apenas copiando mais uma moda europeia. Estavam era tentando descobrir a identidade brasileira por um processo de retomada cultural que Oswald de Andrade explicitou no Manifesto Antropófago: ‘Sem nós a Europa não teria sequer a sua pobre declaração dos direitos do homem’. Referia-se ele obviamente ao mito do bom selvagem inspirado pelo índio americano a Montaigne e Rousseau e que o neoprimitivismo se encarregou de pôr outra vez em circulação. Antonio Candido acentuou a legitimidade dessa retomada ao observar que ‘no Brasil, as culturas primitivas se misturam à vida cotidiana ou são reminiscências ainda vivas de um passado recente’, pelo que as ‘terríveis ousadias’ sugeridas a artistas plásticos como Picasso e Brancusi ou a poetas como Max Jacob e Tristan Tzara pelas deformações e/ou simplificações expressivas da arte primitiva são ‘mais coerentes com a nossa herança cultural do que com a deles.’” PAES, José Paulo. *A aventura literária: ensaios sobre ficção e ficções*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 65. Neste sentido, vale observar alguns trechos do *Manifesto Antropófago*, de Oswald de Andrade: “Contra todos os importadores de consciência enlatada. A existência palpável da vida. E a mentalidade pré-lógica para o Sr. Lévy-Bruhl estudar [...] Queremos a Revolução Caraíba. Maior que a Revolução Francesa. A unificação de todas as revoltas eficazes na direção do homem. Sem nós a Europa não teria sequer a sua pobre declaração dos direitos do homem. Contra a verdade dos povos missionários, definida pela sagacidade de um antropófago, o Visconde de Cairu: – É a mentira muitas vezes repetida. (...) As migrações. A fuga dos estados tediosos. Contra as escleroses urbanas. Contra os Conservatórios e o tédio especulativo.” ANDRADE, Oswald. *Manifesto Antropófago*. *Revista da Antropofagia*, ano 1, n. 1, 1928 apud CANDIDO, Antonio; CASTELLO, J. Aderaldo. *Presença da literatura brasileira: história e crítica*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 79-89.

certa similaridade nas realidades dos dois países. Em verdade, observa-se até mesmo um salutar e inédito movimento de apreciação da produção dos países vizinhos, que possuem realidades mais parecidas com a nossa do que aquelas dos usuais exportadores de ideias constitucionais. Porém, na linha do processo de antropofagia constitucional a que nos referimos, entendemos que uma reflexão se impõe. Não seria preferível repensar o próprio conceito de inconstitucionalidade que deflui da Carta de 1988 de forma mais ampla, sem nos vincularmos aos cânones construídos pela Corte colombiana? Se a inconstitucionalidade é um fenômeno que pode muitas vezes se manifestar de forma sistêmica e multidimensional, é possível intuir que o conceito de inconstitucionalidade terá, em muitos cenários, alcance mais amplo que a própria ideia de um estado de coisas inconstitucional. E, para além desse ponto, nosso sistema de controle oferece múltiplas ferramentas para a correção das inconstitucionalidades sistêmicas. Enquanto na Colômbia a construção da noção de um *estado de coisas inconstitucional* foi necessária para conferir caráter objetivo, abstrato e transcendente às decisões da Corte nas tutelas individuais idealizadas para produzir efeitos *inter partes*, no Brasil já existem variadas ferramentas processuais que permitem a adoção dessas mesmas medidas com base na própria noção de inconstitucionalidade, que, em diversos casos, assume caráter sistêmico. Seguindo essa linha de raciocínio, quando sistêmica e multidimensional a inconstitucionalidade, os remédios judiciais poderão, naturalmente, envolver providências que ataquem as causas estruturais e alcancem todas as dimensões do fenômeno.

Assim, se é certo que violações abrangentes, intensas e estruturais de direitos fundamentais são as mais importantes e justificarão, na linha do que se afirmou antes, intervenções mais acentuadas do Poder Judiciário, não se deve descartar a possibilidade de haver inconstitucionalidades sistêmicas que envolvam comandos outros além das normas de direitos fundamentais. Um exemplo que ajuda a ilustrar a questão é o conhecido caso de ausência de lei complementar que, a teor do que determina o art. 18, § 4º, da CRFB/88, disponha sobre a criação incorporação, fusão e desmembramento de municípios. A despeito do vazio normativo, diversos municípios foram criados, ou passaram por mutações como as descritas, provocando uma expansão desordenada e irregular do Estado brasileiro,

em desarmonia com a forma prescrita a respeito de tema sensível ao pacto constitucional, que é a forma federativa de Estado.

Esse quadro de inconstitucionalidade sistêmica pode ser imputado a uma pluralidade de agentes – ao Congresso Nacional, por omissão, às Assembleias Legislativas, por ação – tendo, ainda, a propensão a se convolar em novas inconstitucionalidades, oriundas da organização dos municípios irregulares. Embora essa situação tenha sido atenuada com a promulgação da Emenda Constitucional nº 57/08, que convalidou os municípios criados até 31 de dezembro de 2006, a inconstitucionalidade persiste, já que a emenda nada dispôs em relação ao futuro⁷¹. A situação já se prolonga por quase 20 anos. Evidentemente, a organização do Estado é uma das dimensões nucleares das Constituições ocidentais herdeiras das revoluções liberais, razão por que essa manifestação de inefetividade generalizada não deve ser menosprezada.

Em vista das ideias que desenvolvemos ao longo desse artigo, propomos dois conceitos operacionais. A inconstitucionalidade pode ser definida como a relação de incompatibilidade entre condutas ativas ou omissivas dos entes estatais ou dos particulares com a Constituição. A inconstitucionalidade sistêmica, por seu turno, é a violação de normas constitucionais em múltiplas dimensões, envolvendo um conjunto de ações institucionais, omissões e violações abrangentes e enraizadas. A inconstitucionalidade sistêmica, em certos cenários, pode ser entendida como o reconhecimento da existência de espaços vazios de constitucionalismo, aproximando-se as figuras do costume inconstitucional e da anomia⁷², porquanto não raro se estabelece com o apoio tácito das maiorias sociais.

Por fim, vale abordar quais seriam os meios processuais mais indicados para sanar as inconstitucionalidades sistêmicas. Em princípio, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é o meio processual indicado para provocar a jurisdição constitucional nas situações

71 Antes da promulgação da Emenda Constitucional, o STF já sinalizava por soluções conciliatórias, mediante a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, fixando prazo para que o Congresso Nacional disciplinasse a questão, de forma a prestigiar o princípio da segurança jurídica. Neste sentido, v. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.689. Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 10 mai. 2007, DJ 29 jun. 2007. Foi aprovado Projeto de Lei no Congresso Nacional a respeito do tema, porém este foi vetado pela Presidência da República. V. Mensagem de Veto nº 505/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/Vet/VET-505.htm>. Acesso em: 02 dez. 2015.

72 Nos dizeres de Giorgio Agamben, a anomia que resulta da suspensão do direito é o estado de exceção, isto é, um espaço vazio de direito. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 78-9.

em que esteja presente a inconstitucionalidade sistêmica, já que a lei que a disciplina prevê objeto de controle amplo, por fazer referência a *atos do poder público* (Lei nº 9.882/99, art. 1º). Foi através desse mecanismo processual que o STF reconheceu a tese do estado de coisas inconstitucional, no julgamento, ainda em curso, da ADPF nº 347. Como se trata de um tipo de inconstitucionalidade complexa, que escapa das tradicionais fórmulas mencionadas nas outras ações de controle concentrado e abstrato (que foram previstas a partir da dicotomia que opõe ação e omissão), o uso da ADPF seria o caminho mais natural sob o ângulo estratégico dos que recorrem ao STF.

Não deve ser descartada, de toda forma, a possibilidade de recebimento de outras ações de controle concentrado, em cenários nos quais a Corte julgue haver um estado de coisas inconstitucional ou inconstitucionalidade sistêmica, na esteira do entendimento de serem fungíveis as ações de controle abstrato de constitucionalidade⁷³ e considerando que, como se expôs, são cada vez mais indeterminadas as balizas que separam as variadas formas de inconstitucionalidade. Não se exclui também a hipótese de invocação dessa tese em processos subjetivos coletivos, tendo em vista os contornos amplos ou difusos que essas formas de inconstitucionalidade tendem a assumir. Neste caso, processualmente, deverá ser seguido o entendimento geral sobre o controle incidental de constitucionalidade em ações coletivas, que é a de que a arguição de inconstitucionalidade não configura o objeto da demanda, mas sim questão prejudicial⁷⁴.

V. ENCERRAMENTO

O alargamento da noção de inconstitucionalidade é resultado das progressivas transformações no constitucionalismo contemporâneo, que tornam esfumaçadas as fronteiras conceituais que outrora separavam, de forma esquemática, as noções de validade, eficácia jurídica e efetividade.

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 875. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 24 fev. 2010, DJe 30 abr. 2010: “É preciso reconhecer que, em nosso sistema abstrato de controle de constitucionalidade, deve existir uma natural fungibilidade entre os diversos tipos de ação”.

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Reclamação* nº 1.898. Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 10 jun. 2014, DJe 06 ago. 2014: “O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idóneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal”

Essa reformulação aparece de forma mais manifesta e exacerbada em sociedades marcadamente desiguais e violentas, que convivem com inúmeras fraturas e zonas de exclusão do Estado de Direito.

É importante destacar, porém, que esse reconhecimento não pode ter como consectário um dirigismo jurisdicional, que converta o Poder Judiciário numa espécie de profeta do constitucionalismo. Do alargamento do conceito de inconstitucionalidade não decorre, logicamente, a ideia de que o Judiciário deve ser o protagonista na sua correção. Nesse sentido, as teorias dialógicas acerca do papel do Judiciário destacam, de forma acertada, a necessidade de encarar o processo de construção dos significados constitucionais de forma participativa e deliberativa, envolvendo todos os agentes públicos e sociais⁷⁵.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, v. 22, n. 66, pp. 13-64.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. Sanitation Rights, Public Law Litigation and Inequality: A Case Study from Brazil, *Health and Human Rights*, v. 16, n. 2, 2014, p. 35-46.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 1-42.

75 Sobre o tema dos diálogos constitucionais, v. BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; MENDES, Conrado Hübnér. *Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BAZAN, Víctor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenionales: Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. Bogotá: Konrad Adenauer, 2014.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao 'Estado de coisas inconstitucional'*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

CANDIDO, Antonio; CASTELLO, J. Aderaldo. *Presença da literatura brasileira: história e crítica*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?: a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In: GUERRA FILHO, Qillis Santiago; GRAU, Eros Roberto (Orgs.) *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 108-115.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRISAFULLI, Vezio. *La Corte Costituzionale ha Vent'Anni*. In: OCCHI-OCUPO, Nicola. *La Corte Costituzionale tra Norma Giuridica e Realtà Sociale: Bilancio di vent'anni di attività*. Bologna: Il Mulino, 1978, 69-86.

_____. *Lezioni di diritto costituzionale*. Pádua: CEDAM, 1984.

DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et em Italie*. Paris: Economica, 1997.

FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice, *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, 1979, p. 1-58.

_____. The Allure of Individualism, *Iowa Law Review*, v. 78, n. 1, 1993, p. 965-979.

FREIRE, Alonso. Importação de ideias constitucionais. *JOTA*, [S.l.], 17 nov. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/jota-mundo-importacao-de-ideias-constitucionais>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, 1978, p. 353-409.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Technos, 2000.

HIRSCH, Danielle Elyce. A Defense of Structural Injunctive Remedies in South African Law, *Oregon Review of International Law*, v. 9, n. 1, 2007, p. 1-66.

HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, 2015, p. 1-40.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement, *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, 2012, p. 190-247.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTÍNEZ, Julian Tole. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación, *Cuestiones Constitucionales*, n. 15, 2006, p. 253-316.

MENDES, Conrado Hübner. *Direito Fundamentais, Separação de Poderes e De-liberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão. *Revista Direito e Liberdade*, v. 14, n. 1, 2012, p. 11-46.

MORTATI, Costantino. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore, *Il Foro Italiano*, v. 93, n. 9, 1970, p. 153-192.

NEFF, Emma C. From Equal Protection to the Right to Health: Social and Economic Rights, Public Law Litigation, and How an Old Framework Informs a New Generation of Advocacy, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, v. 43, n. 2, 2009, p. 151-181.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NINO, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Argentina, n. 4, 1989, p. 79-88.

PAES, José Paulo. *A aventura literária: ensaios sobre ficção e ficções*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Iuris*, v. 08, 2015, p. 2079-2114.

_____. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PICARDI, Nicola. Le sentenze integrative della Corte costituzionale. In: PICARDI, Nicola et. al. *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, v. 4, Roma: Giuffrè, 1977, p. 597-634.

PINARDI, Roberto. *L'Horror Vacui Nel Giudizio Sulle Leggi*. Prassi e Tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo Scopo di ovviare all'inerzia del legislatore. Milão: Giuffrè, 2007.

RODRÍGUEZ, José Julio Fernández. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *En busca de las normas ausentes*: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 1-48.

RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 8, 1991, p. 169-194.

SANTOS, João Paulo de Aguiar. *Omissões Legislativas Inconstitucionais*: reflexões acerca do seu delineamento teórico e da legitimidade democrática do seu controle. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73-113.

SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmaticas. *Estudios Constitucionales*, ano 7, n. 2, 2009, p. 13-69.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de Legislar e Protecção Jurisdiccional Contra Omissões Legislativas*: contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della Corte Costituzionale, *Giurisprudenza Costituzionale*, v. XXVI, n. 8, 1981, p. 1684-1721.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rev. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universtária, 1991.

UPRIMNY, Rodrigo. Vergüenza y esperanza. *El Espectador*, [S.], 19 set. 2015. Disponível em: <<http://www.elespectador.com/opinion/vergueenza-y-esperanza>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

VILLAVERDE, Ignacio. La Inconstitucionalidad por omisión – un nuevo reto para la justicia constitucional. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *En busca de las normas ausentes*: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. Cidade do México: Universidad Nacional Autonoma de México, 2014, p. 49-73.

ZAGREBESY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: il Mulino, 2012.