



Outras publicações da Editora

Patrimônio cultural: proteção versus expansão imobiliária – a efetividade do art. 216 da CF/88
Jesmar César da Silva

Migrações indígenas e direitos humanos
Marina Pereira Carvalho do Lago

Dicionário de inovação tecnológica
José Francisco Siqueira Neto
Daniel Francisco Nagao Menezes (Orgs.)

Direito do mar: regulamentação normativa dos espaços marítimos
Marta Chantal Ribeiro
Wagner Menezes (Orgs.)

Controle de convencionalidade: estudos em homenagem ao professor doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli
Pablo Henrique Hubner de Lanna Costa (Org.)

Política exterior, segurança e estratégia global
Daniel Amin Ferraz
Jamile Bergamaschine Mata Diz
Jorge Mascarenhas Lasmar (Orgs.)

Corrupção e direitos humanos: a teoria objetiva da violação
Yulgan Lira

Famílias na pós-modernidade: transformações e debates
Dirce Nascimento Pereira
Zilda Mara Consalter (Orgs.)

Tribunais Internacionais e ativismo social
Wagner Menezes (Org.)

Dinâmica das famílias: um sistema de direitos em mutação
Leide Jane Macedo da Silva (Org.)

Precedentes judiciais e administração pública: constitucionalização, processo e litigiosidade
Alexandre dos Santos Lopes



www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br



CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ / ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS / SÉRGIO PEREIRA BRAGA (ORGANIZADORES)

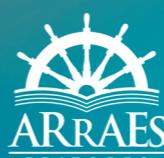
DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ
ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS
SÉRGIO PEREIRA BRAGA
(ORGANIZADORES)

DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO

AUTORES

ALEXANDRE AUGUSTO FERNANDES MEIRA
ALEXANDRE PEREIRA PINTO ORMONDE
ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA
BEATRIZ SOUZA COSTA
BRUNO COZZA SARAIVA
CAIO CÉSAR DE OLIVEIRA
CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ
CINTIA GARABINI LAGES
CLARA CARDOSO MACHADO JABORANDY
DEILTON RIBEIRO BRASIL
ELOY PEREIRA LEMOS JÚNIOR
FABIANA FÉLIX FERREIRA
FÁBRICIO DE ALMEIDA
HENRIQUE RODRIGUES LELIS
JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ
JEAN EDUARDO AGUIAR CARISTINA
LEONARDO CORDEIRO DE GUSMÃO
LIZIANE PAIXÃO SILVA OLIVEIRA
MATHEUS MACEDO LIMA PORTO
MAURÍCIO ANTONIO TAMER
PATRICK JULIANO CASAGRANDE TRINDADE
RICARDO GLASENAPP
ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS
TAIS RAMOS
YURI NATHAN DA COSTA LANNES



CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ (ORG.)

Pós-doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/DF. Professor do Programa de Pós-Graduação da UVV – Universidade de Vila Velha – ES. Magistrado na Justiça Federal.

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS (ORG.)

Doutor e Mestre em Direito Público do Estado pela PUC/SP – Pontifícia Uni-versidade Católica de São Paulo. Professor licenciado da Faculdade Paulista de Direito da PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor permanente dos Cursos de Maestría en Derecho de las RRII y de la Integración en América Latina de la UDE – Universidad de la Empresa – Montevideu/Uruguay, e de Master em Direito sobre “Contratación pública sostenible” na Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo da UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha. External Researcher da Cátedra Jean Monnet em Direito da UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”. Advogado no Brasil e em Portugal.

SÉRGIO PEREIRA BRAGA (ORG.)

Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela UNINOVE – Universidade Nove de Julho. Mestre em Administração pela FECAP/SP – Fundação Álvares Penteado. Diretor do Curso de Direito da UNINOVE – Universidade Nove de Julho (2008-2019). Advogado, Escritor, Palestrante e Professor de Ensino Superior.

DEMOCRACIA,
CONSTITUCIONALISMO E
JURISDIÇÃO

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS
CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ
SÉRGIO PEREIRA BRAGA
(ORGANIZADORES)

DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO



Belo Horizonte
2020

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Cordeiro Leal
André Lipp Pinto Basto Lupi
Antônio Márcio da Cunha Guimarães
Bernardo G. B. Nogueira
Carlos Augusto Canedo G. da Silva
Carlos Bruno Ferreira da Silva
Carlos Henrique Soares
Claudia Rosane Roesler
Clêmerson Merlin Cléve
David França Ribeiro de Carvalho
Dhenis Cruz Madeira
Dirceu Torrecillas Ramos
Edson Ricardo Saleme
Eliane M. Octaviano Martins
Emerson Garcia
Felipe Chiarello de Souza Pinto
Florisbal de Souza Del'Olmo
Frederico Barbosa Gomes
Gilberto Bercovici
Gregório Assagra de Almeida
Gustavo Corgosinho
Gustavo Silveira Siqueira
Jamile Bergamaschini Mata Diz
Janaína Rigo Santin
Jean Carlos Fernandes
Jorge Bacelar Gouveia - Portugal
Jorge M. Lasmar
José Antonio Moreno Molina - Espanha
José Luiz Quadros de Magalhães
Kiwonghi Bizaru
Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Luciano Stoller de Faria
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Luiz Manoel Gomes Júnior
Luiz Moreira
Márcio Luís de Oliveira
Maria de Fátima Freire Sá
Mário Lúcio Quintão Soares
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Nelson Rosenvald
Renato Caram
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Rodolfo Viana Pereira
Rodrigo Almeida Magalhães
Rogério Filippetto de Oliveira
Rubens Beçak
Sergio André Rocha
Vladimir Oliveira da Silveira
Wagner Menezes
William Eduardo Freire

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprodutivos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2020.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho

Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva

Revisão: Responsabilidade do Autor

321.8
D383
2020
Democracia, constitucionalismo e jurisdição / [organizado por] Carlos Alberto Simões de Tomaz, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas [e]Sérgio Pereira Braga. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.
229 p.

ISBN: 978-85-8238-688-0
ISBN: 978-85-8238-689-7 (E-book)
Vários autores.

1. Democracia. 2. Democracia participativa. 3. Constitucionalismo. 4. Judicialização brasileira. 5. Estado constitucional cooperativo. 6. Startups – Brasil. I. Tomaz, Carlos Alberto Simões de (Org.). II. Caldas, Roberto Correia da Silva Gomes (Org.). III. Braga, Sérgio Pereira (Org.). IV. Título.

CDDir – 341.234
CDD(23.ed.)- 321.8

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2020

AUTORES

ALEXANDRE AUGUSTO FERNANDES MEIRA

Doutorando em Educação e Mestre em Direito pela UNINOVE - Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Público pela UNIFIA/SP - Centro Universitário Amparense. Bolsista pesquisador CAPES.

ALEXANDRE PEREIRA PINTO ORMONDE

Mestre em Direito pelo Centro Universitário FIEO. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. Assistente da Coordenação do Curso de Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Advogado. E-mail: alexandre@uninove.br.

ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA

Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico. Outros textos em: www.andersonteixeira.com

BEATRIZ SOUZA COSTA

Pós-Doutora em Direito Ambiental pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Pró-reitora de Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professora do Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Hélder Câmara. Professora de Mestrado e Doutorado.

BRUNO COZZA SARAIVA

Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. Integrante do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição (CNPq) e Pesquisador do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade/GTJUS (CNPq).

CAIO CÉSAR DE OLIVEIRA

Mestrando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - USP. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo - MAC-KENZIE. Pesquisador do grupo Direito, Incerteza e Tecnologia da Universidade de São Paulo - USP e membro da Comissão dos Novos Advogados do Instituto dos Advogados de São Paulo - CNA/IASP. Advogado no Opice Blum, Bruno, Abrusio e Vainzof Advogados Associados oliveiracaiocesar@hotmail.com

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

Pós-doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/DF. Professor do Programa de Pós-Graduação da UVV - Universidade de Vila Velha - ES. Magistrado na Justiça Federal.

CINTIA GARABINI LAGES

Doutora e Mestre em Direito Processual pela PUC MINAS. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais - da Universidade de Itaúna. Professora da PUC/MG.

CLARA CARDOSO MACHADO JABORANDY

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professora do Mestrado em Direitos Humanos da UNIT. Coordenadora do grupo de pesquisa “Direitos Fundamentais, novos direitos e evolução social” presente no diretório do CNPQ.

DEILTON RIBEIRO BRASIL

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi Messina, Itália. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro-RJ. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte-MG. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG e das Faculdades Santo Agostinho - FASA. E-mail: deilton.ribeiro@terra,com.br

ELOY PEREIRA LEMOS JÚNIOR

Doutor em Direito pela UFMG, mestrado e especializações. Foi bolsista CA-PES em 2005 na Universidade de Lisboa e da FUNDEP-UFMG em 2013. Pós-doutorando como professor visitante em estágio pós-doutoral sênior em Direito na PUC-MG e em Administração na FUMEC. Avaliador de cursos de direito pelo INEP-MEC (desde 2010). Professor titular do mestrado e da graduação da Universidade de Itaúna (MG), titular na graduação da FACED - Divinópolis (MG), UNIPAC, FUPAC - Nova Lima, na especialização da UNA-BH, ex-coordenador do curso de Direito da FAMINAS-BH (2010) e ex-professor titular da UEMG - campus Passos.

FABIANA FÉLIX FERREIRA

Doutoranda em Ciências Jurídicas - Direito Público pela Università Degli Studi di Perugia (UNIPG). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), com estância de pesquisa por convênio na Universidade de Salamanca (USAL); especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

FABRICIO DE ALMEIDA

Graduando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE).

HENRIQUE RODRIGUES LELIS

Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna. Pós-graduado em Gestão Cultural pela UNA/BH. MBA em Gestão de negócios no contexto empreendedor pelo Instituto de Educação Continuada - IEC da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Gestor e Produtor Cultural. Membro da Comissão de cultura da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Minas Gerais, Subseção de Contagem.

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ

Catedrática e Coordenadora do Centro de Excelência Jean Monnet em Direito da UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora em Direito Público/ Direito Comunitário pela UAH - Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Mestre em Direito pela UAH - Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Mestre em Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. Coordenadora e Professora do PPGD da UIT - Universidade de Itaúna-MG. Professora dos PPGD's da ESDHC - Escola Superior Dom Helder Câmara e da FDMC - Faculdade de Direito Milton Campos - MG. Professora da Faculdade de Direito da UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais.

Assessora jurídica do Setor de Assessoria Técnica da Secretaria do Mercosul – Montevidéu (período: 2008-2009). Coordenadora da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”. Advogada.

JEAN EDUARDO AGUIAR CARISTINA

Doutor em Direito Econômico na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela Universidade das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Coordenador do Curso de Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor de Direito Administrativo, Constitucional e Direitos Humanos da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Advogado especializado em Direito Administrativo, Econômico e do Consumidor. E-mail: jcaristina@uninove.br.

LEONARDO CORDEIRO DE GUSMÃO

Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Advogado e Presidente da Comissão de Direito Ambiental da 43^a Subseção da OAB/MG.

LIZIANE PAIXÃO SILVA OLIVEIRA

Doutora em Direito pela Université d’Aix-Marseille III, Mestre em Direito pela UNB, Professora Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB, Professora da UNIT e da UVV, Líder do Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPq Novas Tecnologias e o Impacto nos Direitos Humanos, Estágio Pós-doutoral, na UnB, Bolsista CAPES-Brasil/FAPITEC-SE; Consultora.

MATHEUS MACEDO LIMA PORTO

Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes e em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Sergipe. Aluno de Iniciação Científica do projeto Jurisdição Internacional e Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

MAURÍCIO ANTONIO TAMER

Doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012). Professor de Cursos de Graduação e Pós Graduação, como dos cursos de Especialização Presencial e EAD de Direito Processual Civil e de “Compliance” Digital na Universidade Presbiteriana

Mackenzie, bem como em cursos na USP, INSPER, FIA, EBRADI e EPD, entre outras. Supervisor Acadêmico da Pós-Graduação EAD de Advocacia em Direito Digital e Proteção de Dados da EBRADI. Membro do Grupo de Pesquisa “Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional” - UPM. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Advogado e coordenador de área criminal e civil no escritório Opice Blum, Bruno, Abrusio e Vainzof Advogados Associados.

PATRICK JULIANO CASAGRANDE TRINDADE

Mestre em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna/MG. Pós-graduado em Direito Social. Professor titular na Fundação Educacional de Oliveira/MG. Professor titular na Faculdade de Direito de Contagem/MG. Membro da Comissão de Assuntos Carcerários da Ordem dos Advogados do Brasil, subseção Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna/MG. Advogado. E-mail: patrick.casagrande@hotmail.com

RICARDO GLASENAPP

Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professor de Direito Público na UNINOVE. Advogado na Glasenapp & Sabah Sociedade de Advogados. Presidente do IBPD - Instituto Brasil - Portugal de Direito. Palestrante e autor de obras jurídicas. E-mail: ricardoglasenapp@hotmail.com.

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Doutor e Mestre em Direito Público do Estado pela PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor licenciado da Faculdade Paulista de Direito da PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor permanente dos Cursos de Maestría en Derecho de las RRII y de la Integración en América Latina de la UDE - Universidad de la Empresa - Montevidéu/Uruguay, e de Master em Direito sobre “Contratación pública sostenible” na Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo da UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha. *External Researcher* da Cátedra Jean Monnet em Direito da UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”. Advogado no Brasil e em Portugal.

TAIS RAMOS

Doutoranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie). Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS (UNISC). Professora do Curso de Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Advogada e Pesquisadora. E-mail: taisramos@gmail.br.

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Justiça, Empresa e Sustentabilidade pela Universidade Nove de Julho (2015), graduado em Direito (2010), e especialista em Direito Público (2012) e em Direito Tributário pela PUC-SP (2013). Atualmente é Presidente da Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito - FEPODI (2015/2017-2017/2019), Professor de direito da Universidade Nove de Julho e do Centro Universitário Anhanguera de Leme, Membro Efetivo da Comissão Especial de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Foi Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Anhanguera de Leme-SP (2016/2017), Membro da Câmara de Pós-Graduação e Pesquisa e da Câmara de Educação Continuada da PUC-SP (2012/2014), Diretor da Associação Nacional de Pós-Graduandos - ANPG (2012-2014), Presidente de Associação de Pós-Graduandos da PUC/SP (2012-2014), Advogado responsável pelo estágio supervisionado no Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Anhanguera de Leme-SP (2014-2016).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	XIV
CONSTITUCIONALISMO, INTEGRAÇÃO E INOVAÇÃO	
CAPÍTULO 1	
A NOVA FEIÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE COMO PROPOSTA CONSTITUCIONAL (AINDA) PARA A MODERNIDADE PERIFÉRICA <i>Carlos Alberto Simões de Tomaz; Jamile Bergamaschine Mata Diz.....</i>	2
CAPÍTULO 2	
DO TERRITÓRIO AO ESPAÇO-MUNDO: A DESTERRITORIALIZAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA DE SASKIA SASSEN <i>Anderson Vichinkeski Teixeira; Bruno Cozza Saraiva</i>	20
CAPÍTULO 3	
INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: SOBRE O DIÁLOGO DE CORTES NO BRASIL <i>Clara Cardoso Machado Jaborandy; Matheus Macedo Lima Porto; Liziane Paixão Silva Oliveira.....</i>	31

CAPÍTULO 4	
O <i>BLOCKCHAIN</i> E O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO PREVISTO NO <i>GENERAL DATA PROTECTION REGULATION</i> : UM POSSÍVEL PROBLEMA DE INCOMPATIBILIDADE TÉCNICA	
<i>Maurício Antonio Tamer; Caio César de Oliveira</i>	51
CAPÍTULO 5	
DIREITO PARA <i>STARTUPS</i> NO BRASIL - DESAFIOS JURÍDICOS A SEREM ENFRENTADOS NO CONTEXTO DA INOVAÇÃO	
<i>Henrique Rodrigues Lelis; Eloy Pereira Lemos Júnior</i>	63
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	
CAPÍTULO 6	
A CRISE FUNCIONAL DO ESTADO E A NECESSIDADE DA REVISÃO DO MODELO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES	
<i>Deilton Ribeiro Brasil; Patrick Juliano Casagrande Trindade</i>	84
CAPÍTULO 7	
REFORMA POLÍTICA: REFLEXOS SOBRE A COMPOSIÇÃO DO PARLAMENTO NOS TERMOS DAS LEIS Nº 13.487 E Nº 13.488, E DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 97/17	
<i>Yuri Nathan da Costa Lannes; Fabiana Félix Ferreira</i>	103
CAPÍTULO 8	
IMUNIDADES PARLAMENTARES E REGIME DEMOCRÁTICO - ANÁLISE DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DAS PRERROGATIVAS DOS MEMBROS DO PODER LEGISLATIVO	
<i>Cintia Garabini Lages</i>	117
JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE	
CAPÍTULO 9	
A JUDICIALIZAÇÃO BRASILEIRA EM CONTRAPONTO COM A CLASSIFICAÇÃO ONTOLÓGICA PROPOSTA POR KARL LOEWENSTEIN	
<i>Fabricio de Almeida; Alexandre Pereira Pinto Ormonde; Jean Eduardo Aguiar Caristina</i>	135

CAPÍTULO 10

O MODELO DE DESJUDICIALIZAÇÃO COLABORATIVA
DA EXECUÇÃO CIVIL PORTUGUESA: UMA ABORDAGEM
A PARTIR DOS SEUS ÓRGÃOS ATUANTES

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas; Alexandre Augusto Fernandes Meira 151

CAPÍTULO 11

A INCONVENCIONALIDADE SUPERVENIENTE DA LOAS E A
NÃO EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA PELO ESTADO BRASILEIRO

Ricardo Gläsenapp; Tais Ramos 172

CAPÍTULO 12

DESASTRE DA SAMARCO E A SUSPENSÃO DE AÇÕES
INDENIZATÓRIAS VIA TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA
MONOCRATICAMENTE EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO
DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

Leonardo Cordeiro de Gusmão; Beatriz Souza Costa..... 187

APRESENTAÇÃO

A Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança” traz à lume mais uma obra dedicada ao estudo dos temas principais que compõem as linhas de pesquisa que estão sendo desenvolvidas por seus membros, além de contar com a participação de convidados acadêmicos e profissionais que vêm contribuir, com seus trabalhos, para o debate sobre a governança e o rol do Estado no plano nacional e internacional.

Conforme ressaltamos em obras anteriores, trata-se de uma rede de pesquisa que congrega instituições de ensino e pesquisa nacionais e estrangeiras, notadamente, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Universidade de Itaúna (UIT), Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) no Brasil, além de Universidad de Alcalá de Henares e Universidad Castilla-La Mancha na Espanha, Università degli Studi di Perugia na Itália e Universidade Europeia de Lisboa em Portugal. Os professores que atuam como coordenadores da Rede em cada instituição são: Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG/MG); Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS/RS); Alice Rocha da Silva (UniCEUB/DF); Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (PUC/SP); Carlos Alberto Simões de Tomaz (UVV/ES); Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa e Eduardo Vera Cruz Pinto (UEL/Portugal); Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá/Espanha); José António Moreno Molina (UCLM/Espanha); e Roberto Cippitani (Università degli Studi di Perugia).

O objetivo principal da Rede é promover o intercâmbio de professores e alunos em atividades direcionadas tanto para a elaboração de projetos de pesquisa, como a criação de disciplinas no âmbito dos programas de pós-graduação, cursos para formação profissional, seminários e publicações, além de outras atividades científicas e acadêmicas.

Nesse sentido, esta é a quarta obra fruto das mencionadas atividades e que reúne textos dos membros da Rede que foram apresentados no marco do III Seminário de Cooperação Técnica UNINOVE e Cátedra Jean Monnet de Direito da UFMG, em parceria com distintas instituições nacionais e estrangeiras, ocorrido em abril de 2018, ocasião em que, outrossim, a Rede teve a oportunidade de apresentar, em Painel específico, as discussões levadas a cabo pelos pesquisadores.

Nesta obra, apresentam-se os estudos diretamente vinculados ao tema da democracia, constitucionalismo e jurisdição, tanto nos aspectos que cercam a atuação dos Estados, como das organizações internacionais e regionais. É o caso da análise feita por Anderson Vichinkeski Teixeira, em parceria com Bruno Cozza Saraiva, pela qual examinam os arranjos decorrentes da desterritorialização do Estado constitucional, segundo a óptica de Saskia Sassen.

De modo geral, quanto ao tema da democracia, buscou-se estabelecer os instrumentos para o seu incremento, mediante uma cidadania deliberativa, participativa, dialógica e consensual, fundamentada sempre na pluralidade de gêneros e opiniões em uma sociedade global, marcada pela informação e sopesamento dos riscos assumidos nos planos interno, regional e internacional.

Assim, o problema perpassa pelo questionamento de se estabelecer em que medida e maneira a globalização contribui para o *enforcement* não apenas da democracia, mas do constitucionalismo em fomento de um cenário judicial mais participativo e consensual, com práticas colaborativas voltadas para a solução de conflitos de modo imparcial, célere e transparente. Neste sentido, são as contribuições emanadas dos textos de Carlos Simões de Tomaz, em coautoria com Jamile Bergamaschine Mata Diz, de Roberto Correia da Silva Gomes Caldas com Alexandre Augusto Fernandes Meira, de Clara Cardoso Machado Jaborandy, Matheus Macedo Lima Porto e Liziane Paixão Silva Oliveira, além de Leonardo Cordeiro de Gusmão e Beatriz Souza Costa.

Na mesma senda, tem-se a contribuição trazida por Cintia Garabini Lages relacionada com as imunidades parlamentares em um regime democrático em que o Judiciário tem sua atividade limitada em face das prerrogativas dos membros do Legislativo, cuja reforma política e seus reflexos sobre a composição do parlamento, a seu turno, foi objeto de análise promovida por Yuri Nathan da Costa Lannes e Fabiana Félix Ferreira.

Estes são apenas alguns dos exemplos, dentre os textos trazidos nesta obra, em que os temas da democracia, constitucionalismo e jurisdição se imbricam com questões voltadas, *e.g.*, para a crise funcional do Estado, a efetivação da Justiça, a

(des)judicialização dos conflitos, bem como, no setor privado, a inovação tecnológica vocacionada às *startups* e à internet (*blockchain* e direito ao esquecimento).

A participação dos pesquisadores, professores e discentes na presente obra, assim, promove um amplo e instigante debate que coaduna-se diretamente com as linhas de pesquisa e projetos vinculados aos respectivos programas de pós-graduação membros da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”, permitindo, ainda, a divulgação e diálogo com a comunidade acadêmica e, em especial, com os alunos de graduação, os quais, desta maneira, passam a ter uma perspectiva contemporânea quanto às temáticas versadas, auxiliando sua formação em complementação às referências tradicionais adotadas nos respectivos planos de ensino.

Espera-se, com esta obra, que o leitor, de conseqüente, além de conhecer as pesquisas realizadas pelos membros da Rede “Integração, Estado e Governança”, possa também aprofundar-se em temas tão significativos para os tempos atuais, voltados para as dificuldades de se implementar uma democracia mais participativa e deliberativa, à luz de um constitucionalismo de resultado que busca efetivar os direitos fundamentais, notadamente os de cunho social, inclusive por intermédio de uma jurisdição ágil (célebre e de duração razoável), eficiente e imparcial, em um contexto processualístico permeado por práticas cooperativas.

Belo Horizonte e São Paulo, julho de 2019.

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/ SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor licenciado da Faculdade Paulista de Direito da PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor permanente dos Cursos de Maestría en Derecho de las RRRI y de la Integración en América Latina de la UDE - Universidad de la Empresa - Montevidéu/Uruguai, e de Master em Direito sobre “Contratación pública sostenible” na Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo da UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha. *External Researcher* da Cátedra Jean Monnet de Direito da UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”. Advogado no Brasil e em Portugal.

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

Pós-doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/DF. Professor do Programa de Pós-Graduação da UVV - Universidade de Vila Velha - ES. Magistrado na Justiça Federal.

SÉRGIO PEREIRA BRAGA

Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela UNINOVE - Universidade Nove de Julho. Mestre em Administração pela FECAP/SP - Fundação Álvares Penteado. Diretor do Curso de Direito da UNINOVE - Universidade Nove de Julho (2008-2019). Advogado, Escritor, Palestrante e Professor de Ensino Superior.

CONSTITUCIONALISMO, INTEGRAÇÃO E INOVAÇÃO

CAPÍTULO 1

A NOVA FEIÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE COMO PROPOSTA CONSTITUCIONAL (AINDA) PARA A MODERNIDADE PERIFÉRICA

*Carlos Alberto Simões de Tomaz
Jamile Bergamaschine Mata Diz*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Constitucionalismo dirigente: a história ainda não está terminada. 2. A feição periférica moderna do constitucionalismo dirigente – a constituição como mediatizadora do binômio *inclusão x exclusão*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Eleito o Estado Democrático de Direito como um *locus* privilegiado na ordem global heterárquica cuja democratização passa pela democratização do Estado, a constituição assume papel importante quando ela se apresenta aquiescida pela função mediatizadora de inclusão social. Com efeito, a opção pela compatibilidade e fortalecimento do Estado Democrático de Direito com o pluralismo político-jurídico da sociedade global descontina, necessariamente, qualquer que seja a via teórica a ser palmilhada, a questão dos direitos humanos no contexto da incessante luta por justiça social ao amparo de mecanismos voltados para divisar meios asseguratórios da igualdade.

A igualdade que se fala é a igualdade material, projetada não apenas a partir da fundamentabilidade dos direitos humanos (formal), mas a partir de efetiva responsabilidade do Estado e da sociedade visando à inclusão social.

Assim, na concretização dos conteúdos é preciso se ter presente que a questão desborda dos limites da positividade. Se de um lado essa atuação descontina uma fundamentabilidade formal ou narrativa dos direitos humanos que está, nalgumas hipóteses, a exigir vinculação do legislador para sua densificação, por outro lado, o exame dessa questão não pode desconsiderar a metanarratividade desses conteúdos que apontam para um processo integralizador a partir das chamadas cláusulas constitucionais abertas a exemplo do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira que introjeta conteúdos a partir de sua principiologia, bem como de normas de direito internacional, e ainda a aplicabilidade direta desses conteúdos, mas que desdobra, também e igual-

mente, por mecanismos voltados para a garantia desses direitos por meios emancipatórios previstos ou que decorram do próprio sistema constitucional e que apontam para o que se pode denominar de *constitucionalismo brasileiro da efetividade* marcado, por mais que se olvide, por uma proposta constitucional ainda dirigente em descompasso com a experiência vivenciada pelos chamados Estados núcleos que já superaram o constitucionalismo dirigente em defesa da projeção da experiência estatal no âmbito da supranacionalidade.

Assim, as ideias que submeteremos a seguir voltam-se para divisar uma nova feição do constitucionalismo dirigente como uma proposta ainda válida para os Estados periféricos onde as promessas de modernidade não foram cumpridas. Nesse sentido, o recurso da lógica dedutiva, impõe-se como basilar para a validação da questão apresentada. A conclusão apostava na circunstância de que a revisão teórica realizada tenha oferecido substratos para divisar o arranjo democrático periférico alçado, ainda, no constitucionalismo dirigente.

1. CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE: A HISTÓRIA AINDA NÃO ESTÁ TERMINADA

A preocupação com a vivência dos direitos fundamentais se projeta como pano de fundo da questão democrática sendo, portanto, ocupação de todas as vertentes teóricas sociológicas, jurídicas ou políticas que se debrucem sobre o tema. Essa preocupação, depois do segundo pós-guerra erigiu-se a partir da ideia de justiça social e vinculação da atividade estatal a programas, pautas, objetivos e finalidades a serem alcançados ao escopo de atingi-la em decorrência da experiência do *welfare state*. Foi a partir daí, que Peter Lerche¹ no âmbito da experiência deflagrada com a Constituição Alemã de 1949 – A Carta de Bonn – perscrutava os limites de vinculação do legislador a preceitos constitucionais impositivos de deveres legislativos e, consequentemente, enfrentava a normatividade desses dispositivos daquela Lei Fundamental. Todavia, Lerche não possuía a atenção voltada para uma generalização teórica em face de comandos programáticos. Essa preocupação, na verdade, veio a ser explorada por Canotilho em sua tese doutoral *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Nesse trabalho, o que indaga Canotilho é “como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das *tarefas estaduais* e para a incorporação de *fins econômico-sociais* positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?”² A resposta de Canotilho é (ou ao menos era) voltada para divisar uma racionalização da política por meio de

¹ Conferir LERCHE, Peter. Übermass und Verfassungsrecht. Köln, 1961.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, p. 167.

uma legitimação material em nível constitucional na medida em que a constituição incorporasse fins a serem alcançados com as tarefas a esse fito. Nesse sentido “a definição a nível constitucional, de tarefas económicas e sociais do Estado, corresponde ao novo *paradigma* da constituição dirigente”.³ Adviria, daí, a normatização da atividade política com o estabelecimento de *imposições constitucionais* a serem observadas não apenas pelo legislador, mas pelos demais poderes no momento da atividade concretizadora, de tal sorte que o problema se coloca em nível de cumprimento da constituição que se viria, portanto, guindada à condição de *substrato jurídico para a mudança social*.

Para alguns, *a constituição dirigente se encontra “morta”*⁴. Tudo tem partido da ideia de que a normatização na lei fundamental das tarefas e fins do Estado conduziria a uma estatização do mundo da vida transformando a constituição num instrumento tão autossuficiente que ignorando outras formas emancipatórias⁵ avultar-se-ia um instrumento poderoso que por si só resolveria todos os problemas⁶.

Conquanto efetivamente Canotilho tenha introduzido sensíveis modificações em seu pensamento, não se pode dizer, todavia, que tenha decretado a morte da constituição dirigente. Na verdade, observe-se que nas palavras dele o fim do constitucionalismo dirigente encontrar-se-ia atrelado a duas circunstâncias: 1^a) entender-se o dirigismo constitucional como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar, transformações emancipatórias; e 2^a) o fechamento da constituição ao processo de abertura ensejado pelo direito internacional e pelos espaços supranacionais. É sob o influxo desses dois aspectos que ele comprehende um constitucionalismo moralmente reflexivo como contraponto à constituição dirigente. Canotilho reconhece

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, p. 167., p. 169.

⁴ A expressão foi alardeada a partir de uma enunciação do próprio Canotilho: “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do Direito constitucional ao Direito internacional e os direitos supranacionais.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, prefácio)

⁵ Registra o próprio Canotilho que “os olhares políticos, doutrinários e teóricos de vários quadrantes – desde o pensamento liberal da Constituição aberta, até ao sistemismo autopoiético, passado por algumas insinuações da chamada sociologia crítica – não se cansam de proclamar a falência dos “Códigos dirigentes” num mundo caracterizado pela conjuntura, a circularidade, os particularismos e os riscos.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 8).

⁶ BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição”. In: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.

que veio a perceber isso tarde e lentamente demais⁷ dando a compreender que a história já se encontraria finda, quando na verdade, nalgumas experiências estatais, o projeto constitucional dirigente encontra-se apenas deslanchando.

2. A FEIÇÃO PERIFÉRICA MODERNA DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE – A CONSTITUIÇÃO COMO MEDIATIZADORA DO BINÔMIO *INCLUSÃO X EXCLUSÃO*

Não estamos, aqui, nos posicionando frontalmente contrários ao novo modelo de constitucionalismo proposto pelo mestre português, assentado em bases teóricas adequadas ao *locus* europeu onde viceja a experiência constitucional portuguesa. O que pretendemos demonstrar é que há experiências pontuais e históricas de Estado – referimo-nos aos Estados periféricos, como no caso do Brasil – que precisam ser consideradas como modelo diferenciado apropriar o constitucionalismo dirigente como forma emancipatória. E, para tanto, vamos recorrer a elementos da Teoria dos Sistemas, porque com base na policontextualidade dela decorrente, encontra-se erigido o constitucionalismo moralmente reflexivo divulgado por Canotilho.

Sob o prisma da pragmática sistêmica, a sociedade contemporânea se caracteriza pela sua complexidade. Deveras, o homem que hoje vive num mundo globalizado tem cada vez mais expectativas. Quanto mais globalizada a sociedade, mais são as expectativas a serem satisfeitas e, como se sabe, muitas delas vêm a ser frustradas, o que exige seletividade na eleição de quais expectativas devem ser atendidas no âmbito da contingência. Nessa contextura, afirma Luhmann que

o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações (...) cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.⁸

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 9.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pp. 45 – 46.

A ideia de complexidade, como se vê, não significa complicação. Significa que as várias possibilidades de experiências ampliam-se. Ampliam-se as alternativas. Basta pensar, por exemplo, nas possibilidades de profissão nas sociedades primitivas, sem dúvida, muito menos complexas que nas sociedades modernas. A seu turno, contingência é o que limitará as expectativas dentro daquilo que possam ser realizadas. Emerge, a partir daí, a necessidade de que certas experiências, “que possibilitam um bom resultado seletivo, (sejam) enfeixadas constituindo sistemas, estabilizando-se relativamente frente a desapontamentos.”⁹ Isso ocorre através de um emaranhado de operações estruturadas a partir de comunicações que imprimem uma certa funcionalidade ou sentido ao sistema. Essa funcionalidade dos variados sistemas sociais é diferenciada através de um código binário que no sistema jurídico é *direito/não-direito* ou *lícito/ilícito*; na economia: *ter/não-ter*; na política: *poder/não-poder* ou *governo/oposição*; na arte *belo/feio* e assim por diante. A ideia de sistema conduz à existência de partes uma em consonância com as outras formando um todo que se distingue da simples soma das partes. Significa dizer, portanto, que cada operação de um sistema, diferencia-se dos outros sistemas em razão do seu código binário de preferência, encontrando-se, por isso, apta a ensejar a produtividade recursiva do próprio sistema, assegurando a sua existência e o seu fechamento operacional.

O sistema constitui, a partir daí, uma perspectiva de observação da sociedade. E num mundo que é o horizonte de todas as sociedades, vamos encontrar vários sistemas (biológicos, sociais, psíquicos etc). Nessa linha, o direito se apresenta como sistema social funcionalmente diferenciado voltado para estabilizar expectativas sociais. Diferenciado pelo seu código binário (*lícito/ilícito*), apto a imprimi-lhe identidade através de uma rede recursiva de operações onde se processam as relações dos elementos, das partes com o todo por meio de uma função, que igualmente o diferencia. Essa função é a estabilização de expectativas. Com efeito, se as possibilidades são múltiplas, a contingência orienta as expectativas dentro daquilo que possam ser realizadas, emergindo, desde aí, a necessidade de seleção voltada para reduzir a complexidade, o que ocorre porque o sistema é um todo dotado de sentido, ou seja, de uma capacidade de selecionar dentro de um horizonte de possibilidades, permitindo, assim, que a comunicação se produza como sua unidade elementar.

Sem olvidar o alto grau de diferenciação do sistema social erigido a partir da hipercomplexidade da sociedade moderna radicada na auto-organização, estamos convencidos de que a perda da autonomia e unidade do direito ao deslocar o Estado de sua posição central com respeito à escolha de conteúdos e definição de procedimentos, tem ensejado uma maior (não qualitativamente)

⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 46.

comunicação intersistêmica, na exata medida em que esse deslocamento exige que o sistema político, assim como o sistema econômico, entre outros, sejam considerados, tal qual o direito, subsistemas sociais diferenciados e, aí, as limitações são recíprocas não havendo espaço para um dirigismo constitucionalizante da sociedade através de um código unitarizante e conformador dos vários sistemas sociais (*lícito/ilícito*).

Se o dirigismo constitucional limita – racionaliza/normaliza – a política e a economia ao eleger conteúdos e definir programas, não se pode olvidar a gama de comunicações intersistêmicas – um imenso incremento de recíproca irritabilidade, na linguagem de Luhmann¹⁰ – que estão em causa na definição destes conteúdos. E aqui nos referimos não apenas à definição de primeiro grau, nitidamente institucionalizadora¹¹ por ocasião do exercício do poder constituinte, seja originário, seja derivado; mas a uma segunda definição por ocasião de ações concretizadoras (legislativas, executivas ou judiciais). Basta pensar, em relação à economia, quando a diferenciação impingida pelo seu código binário de preferência (*ter/não-ter*) e seus próprios programas impõem os conteúdos do neo-capitalismo liberal reduzindo ou suprimindo o papel do Estado (as prestações estatais no âmbito social) em nome da globalização desenfreada.

É fato inquestionável que a atuação do código hipertrófico (*ter/não-ter* da economia) tem-se erigido em detrimento da autonomia e unidade tanto do direito quanto da política. Os efeitos dessas irritações podem ser facilmente divisados no nível das ações (des)concretizadoras com os conhecidos casos de compra de voto de parlamentar ou de propinas judiciais para juízes e

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 541.

¹¹ Adverte Canotilho que “se a idéia de <<conformação racional>> da sociedade abriu caminho para o conceito de constituição como *modelo de conformação social racional*, nem por isso é legítimo falar em *constituição-plano* para traduzir a idéia da planificação constitucional como o instrumento mais relevante da racionalidade conformadora. O problema central da directividade da constituição reside não tanto na própria constitucionalização do instrumento do plano como na definição das existências *normativo-constituintes* destes. A configuração constitucional do plano limitada aos <<aspectos concepcionais>> impõe-se como uma primeira exigência normativa, a fim de não converter uma lei fundamental, que se pretende justamente como ordenação consciente da colectividade (HELLER), em *constituição-plano*, com os perigos inerentes da *planificabilidade* da própria constituição (...) assume-se o plano como forma de racionalidade e como forma de dar operatividade prática à dimensão de tarefa da constituição. Se estes dois momentos continuam a ser indiscutidos nas democracias socialistas, deparam nos países capitalistas, com manifesto ceticismo e oposição nos últimos tempos (...) Apesar disso, o plano continua a ser considerado como <<símbolo de um futuro melhor>>, como <<localização da utopia>> (...) a análise fenomenológica dos planos político-económicos tem demonstrado que uma estreita *constitucionalidade do plano* acaba na *planificabilidade da constituição*. É, porém, diferente dizer-se que o plano deve estar <<constitucionalizado>> de afirmar-se que <<a constituição é o plano>>. (CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 170).

servidores da justiça, delegados, agentes do ministério público etc, ou, ainda, em relação ao sistema político, com a desenfreada prática do fisiologismo. A atuação hipertrófica do sistema econômico conduz ao aparecimento da função simbólica da constituição, onde a autonomia e unidade do direito restam expostas às ingerências da economia e também da política, afastando a saudável fatorização de interesses que deve nortear a comunicação intersistêmica, que na verdade se vê reduzida a uma aparência de comunicação que conduz à ideia de filtragem de um conteúdo democrático, de fundamentabilidade dos direitos humanos, quando, na verdade, a vivência é reduzidíssima ou nulificada tal qual desvelada por Marcelo Neves.¹²

O mundo da vida já se acha, nessa contextura, colonizado pelos sistemas econômico e político e a *constitucionalização da responsabilidade* a partir de um perfil ético discursivo como sustentado, agora, por Canotilho¹³ deve se colocar não especificamente no âmbito do dirigismo constitucional, mas em toda relação intersistêmica, ou dito com outras palavras, deve se utilizar da inclusão para mediatizar as ações concretizadoras que se deflagram envolvendo todos os subsistemas sociais.¹⁴

¹² Consultar NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 15 – 16.

¹⁴ É sob esta perspectiva que concebemos a influência Lumanniana sobre Canotilho. Essa nossa abordagem pressupõe que se considere que na sua função sistêmica o direito, ao estabilizar expectativas comportamentais reduzindo complexidades, é ao mesmo tempo um sistema fechado e aberto. Fechado operacionalmente porque, tal como os demais sistemas, se produz autopoieticamente a partir de programas próprios e operações diferenciadas pelo código binário (*lícito/ilícito*) – autorreferência. Aberto cognitivamente, porque não se encontra imune às irritações dos demais sistemas. Essa abertura cognitiva, por meio dos acoplamentos estruturais, enseja a interreferência sistêmica o que faria exsurgir o direito reflexivo. Se as operações intersistêmicas se processarem mediatizadas pelo código *inclusão/exclusão* sob o fio condutor dos direitos humanos fundamentais, pode-se cogitar de um direito reflexivo voltado para inclusão, como fez Canotilho quando concebe o constitucionalismo moralmente reflexivo voltado para a estabilização mediatizada a partir dos quatro contratos globais: *contrato para as “necessidades globais”* – remover as desigualdades – o *contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas – *contrato democrático* – democracia como governo global e *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado (CANOTILHO, J. J. Gomes..., 1996, p. 17). O problema, todavia, foi percebido com agudeza por Streck que se ampara em Bercovici para afirmar esse modelo de direito “para funcionar sem grandes traumas, a sociedade depende do acatamento pelos vários sistemas dos princípios da “responsabilidade social” e “consciência global”. Falar em responsabilidade social com a atuação hipertrófica do sistema econômico (*ter/ não-ter*) sob o influxo do neo-capitalismo liberal parece-nos realmente utópico! Daí pontua Streck, com absoluta precisão, que “critica-se a “utópica” pretensão do Estado e da Constituição de quererem regular a vida social mediante um programa de tarefas e objetivos a serem concretizados de acordo com as determinações constitucionais e, em seu lugar, propõe-se, não menos utopicamente, que os vários sistemas agirão coordenados pela idéia de “responsabilidade social.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 128, *passim*).

O que estamos querendo fazer compreender é que a diferenciação sistêmica ao invés de se apresentar como instrumento emancipador em nome do *alto grau de diferenciação da estabilidade pluralisticamente organizada*¹⁵ que impulsiona uma subsidiariedade participativa, que em proveito da expansão ascendente do poder permite o desenvolvimento de modelos regulativos típicos, no dizer de Canotilho, modelos de autodirecção social¹⁶, pode, nas comunidades periféricas, tornar a constituição um instrumento simbólico se as ações concretizadoras dos agentes estatais ou não, não se voltarem para mediatizar adequadamente o binômio *inclusão x exclusão* a partir da condição de possibilidade emergente do texto nesse sentido dirigente. Essa função mediatizadora da constituição como condição de possibilidade é a feição periférica moderna do constitucionalismo dirigente que está longe de conformar autoritariamente a sociedade.

Quem seria e onde estaria, nessa contextura, Leviatã ou Morloch¹⁷? Um Estado debilitado pela perda de unidade e autonomia do direito em face da hipertrofia da economia e da política? Ou será que não estaria escondido nos modelos nocivos de autodireção social internos ou imersos nas malhas da sociedade global heterárquica? E, aqui e acolá, agindo hegemonicamente, faz seu poder aparecer seja por meio de operações domésticas desconcretizantes ou através de operações transjuncionais? Ceder a constituição dirigente periférica ao espaço da transnacionalização e globalização ainda que sob o pálio das cláusulas contratuais globais divisadas por Canotilho¹⁸, tornando-a “menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante (...) enriquecida pela *constitucionalização da responsabilidade*” terá o condão de impedir a atuação hegemônica do capital sobretudo numa ordem não-democrática e em

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 9.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 9.

¹⁷ A referência é tomada a partir de Canotilho quando afirma: “Falar em constituição dirigente é falar de tarefas do Estado, falar de tarefas do Estado equivale legitimar um Estado-Morlöh ou Leviathan.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 11).

¹⁸ “A lei dirigente cede o lugar ao *contrato*, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e a globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos “quatro contratos globais”. Referimo-nos ao *contrato para as “necessidades globais”* – remover as desigualdades – o *contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas – *contrato democrático* – democracia como governo global e *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 17).

detimento de um espaço nacional fragilizado onde o Estado Democrático de Direito ainda não se consolidou?

Transposta a questão, nesta linha de raciocínio, para a esfera internacional, parece-nos que a colonização do mundo da vida projeta-se, igualmente, erigida sobre os mesmos efeitos. Deveras, se no plano interno fala-se que a técnica jurídica “apóia-se em práticas afastadas da vida real”¹⁹ conduzindo à violação do mundo da vida pela colonização do direito abominando-se, com isso, o dirigismo constituinte; no âmbito internacional, a técnica jurídica apropriada às operações transjuncionais têm afastado de suas malhas as camadas populacionais de países periféricos em razão do alto grau de conhecimento de questões técnicas afetas à economia globalizada que ainda se situam no âmbito dos Estados do centro e, propositadamente, nalguns – não poucos casos – não são disseminadas. As camadas mais pobres da população, que amargam os efeitos do processo de uma globalização hegemônica, não compreendem o quê e como (ganham?) perdem com a mediação dos interesses a partir do código hipertrófico e a partir daí começam a eclodir postulações que antes encontravam-se afetas apenas à órbita interna do Estado. Assistimos, já após Canotilho ajustar o constitucionalismo dirigente às exigências da supranacionalidade europeia, a acontecimentos que merecem ser levados em consideração. Estamos nos referindo ao voto do povo francês e holandês à Constituição da União e aos rumos que tomou o processo de fragmentação da antiga Iugoslávia, que à parte de toda manietação das potências europeias e do Estado líder, parece revelar um apelo de povos, de nações, em defesa dos espaços locais, revelando a importância de um projeto que ainda não se encontra acabado: o Estado Nacional.

A significação destes acontecimentos não estaria atrelada a um fortalecimento do Estado nacional, com a satisfação de políticas sociais ainda não cumpridas e a necessidade divisada de, no ambiente de incertezas, serem estabelecidas outras espécies de diretrizes que não as supranacionais acerca de determinados direitos ou assuntos?

Sem dúvida alguma, a questão estava a exigir mais reflexão e o mestre português não se escusou a fazê-la. E resultado da tarefa de casa sobre os questionamentos teóricos que tais, registra ele, em termos de resultados práticos, não foi animador. Constatou, com efeito, Canotilho, que o triunfo esmagador do globalismo neoliberal põe em xeque a reversibilidade das posições sociais e projeta os direitos sociais para um lugar incerto quanto ainda erigidos sob uma *concepção antropológica complexa*, cujo centro ainda é o indivíduo como pessoa,

¹⁹ LUHMANN, Niklas. “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito”. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Org.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 54.

como cidadão e como trabalhador. Essa “trindade antropológica”, lembra ele, por mais ontologicamente radicada que seja, vê-se confrontada por quatro deslocações contextualizadoras: “(i) acentuação da *dignidade da pessoa* como princípio fundante da sociedade, mas simultaneamente dessubstantizadora da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais; (ii) *dessubjectivização regulatória* conducente à substituição da cidadania social pela cidadania do consumidor; (iii) *desolidarização liberal empresarial* relativamente aos encargos sociais; (iv) crítica da eficácia e eficiência dos serviços públicos sociais pelas correntes económico-reguladoras da *boa governação*.²⁰

Esses fenômenos textificados por Canotilho a partir da experiência portuguesa sob o influxo da globalização da União Europeia, já eram bastante conhecidos nossos (da experiência brasileira) em maior ou menor escala. Com efeito, apenas a guisa de exemplo e pertinente à hipertrofia da dignidade da pessoa em detrimento da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais, verifica-se que a invocação ao princípio dignitário tem sido uma constante na jurisprudência a guisa de sufragar direitos sociais, o que não teria nada de problemático, pois, como lembra Canotilho, o princípio ontofenomenológico fundante da *dignidade social* da pessoa humana respalda o desenvolvimento da personalidade e constitui o fundamento mais inquestionável das prestações sociais a cargo do Estado.²¹

Contudo, o recurso ao princípio tem, em muitas ocasiões, provoca o que Canotilho chama de “esvaziamento solidarístico” na medida em que as decisões argumentam que o princípio “postularia sempre um agasalho prestaçional assegurador de uma existência minimamente condigna (e) a dignidade da pessoa só seria afetada se o regime jurídico legislativo não garantisse os “mínimos” de dignidade.”²² Isso aconteceu, por exemplo, quando a Suprema Corte portuguesa enfrentou a nova legislação que alterou o rendimento de inserção social. Na Suprema Corte brasileira, de mesmo modo, afloram decisões que divisam uma refração social da dignidade da pessoa humana aferida pelo mínimo existencial, num contrapeso à reserva do possível.

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, nº 22, 2008, p. 2. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, ano 22, 2008, p. 3. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, nº 22, 2008, p. 3. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

A crítica vazada por Canotilho à estratégia discursiva da Corte portuguesa quando se pautou por esse mesmo caminho, se prestaria, igualmente, para o Supremo Tribunal brasileiro: “Em toda sua radicalidade, a orientação do Tribunal conduziria a este resultado desolador: não há direitos sociais autonomamente recortados, mas refracções sociais de dignidade da pessoa humana aferida pelos *standards* mínimos da existência.”²³ Ponderamos, todavia, porque quando se depara com a realidade estatal periférica, marcada, nitidamente, por uma modernidade tardia onde foi solapada a consolidação do Estado de Bem-Estar-Social, o implemento do Estado Democrático não afasta a possibilidade da conformação jurisdicional das políticas públicas voltadas para garantia de um mínimo existencial que assegure a dignidade. Isso não significa um esvaziamento da sociabilidade, mas antes, um passo necessário à sua concretização.

A deslocação da sociabilidade estatal em decorrência dos efeitos globalizantes continua, no exame de Canotilho, quando sob o viés da *dessubjektivização regulatória*, o indivíduo está perdendo a qualidade de *cidadão social* e adquirindo cada vez mais a qualidade de *utente* ou de *consumidor* de bens sociais (saúde, ensino, segurança social), bens públicos que excepcionalmente podiam ser prosseguidos pela esfera privada, mas que, agora, se tornam bens privados que só excepcionalmente devem ser prosseguidos por serviços públicos, tornando a sociabilidade estatal um lugar incerto. E Canotilho se mostra, ainda, consciente de que há uma pressão para transformar serviços públicos em *indústrias de serviços* e por isso prossegue registrando que “quem estiver atento às tendências políticas e econômicas neoliberais facilmente compreenderá que o mercado de serviços tende a preencher o espaço social em domínios tão sensíveis como hospitais, estabelecimentos de ensino, sistemas de segurança social”, que sob o influxo de uma política nitidamente de cunho liberalizante e privativista atribuem a competência regulatória a entidades independentes de modo a assegurar adequados padrões de eficiência e qualidade (boa governança)²⁴.

Nesse ponto, Bolzan é mais incisivo quando, considerando a realidade brasileira, aponta mesmo para o desfazimento da socialidade estatal. Nas suas palavras:

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, ano 22, 2008, p. 3, *passim*. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, nº 22, 2008, pp. 3 – 5, *passim*. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

O pressuposto da “socialidade” (...) se desfaz não apenas com a reprivatização ou apropriação privada do espaço e das prestações públicas – muito sentido naqueles países de modernidade tardia, cujas políticas sociais prestacionais, quando ocorrentes, muitas vezes serviram para *reforçar o caixa dos já incluídos* ao invés de promoverem a integração social dos seus destinatários –, como também com a desconstrução da fórmula de interesse comum entre democracia e capitalismo (de produção), até mesmo porque esta “socialidade” é uma marca da ação civilizatória do Estado agindo por sobre o egoísmo característico do espaço privado e da economia liberal (capitalismo). Entretanto, importa observar que o deslocamento do poder para o setor privado, não exclui o espaço público. Este foi redefinido, mas não abolido.²⁵

A redefinição do espaço público nos coloca diante de um novo arranjo onde a orquestração do concerto constitucional passa por novos caminhos onde o direito diretrivo-constitucional vem ostentar uma centralidade regulativa dos sistemas de interação e dos atores sociais.

Enfim, a *dessolidarização liberal empresarial* relativamente aos encargos sociais se presta para uma boa tese a partir das práticas empresariais brasileiras. Deveras, não se pensa numa socialidade estatal quando a todo custo se pretende pagar menos tributos em defesa de maiores níveis de lucros, o que ocorre mercê de planejamentos fiscais, quando não mesmo de sonegação.

Sob tais considerações, Canotilho afirma que “se a “lógica dirigente” está hoje posta em causa, isso não significa que o direito tenha deixado de se assumir como instrumento de *direcção* de uma comunidade organizada.”²⁶ Ele aponta a relevância do conceito de “direcção” para a concretização do direito registrando que

embora as teorias auto-referenciais tenha obrigado à revisão (por vezes drástica) dos esquemas de direcção do estado e do direito, entendemos que é possível manter tendencialmente a idéia de *direcção*: comando dirigido à conformação, regulação, alteração intencional e finalística de situações políticas, econômicas, sociais e culturais através dos instrumentos jurídicos. À semelhança das teorias sistêmicas, a direcção não deve conceber-se como ordem autocrática do Estado soberano juridicamente imposta, antes deve compreender esquemas múltiplos de mecanismos accionados por vários actores sociais. É nessa perspectiva que se orienta a *análise neo-constitucionalista* centrada nos

²⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 189.

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, ano 22, 2008, p. 8. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

vários actores sociais e nos vários instrumentos de direcção. O conceito de direcção é, assim, um conceito analítico que engloba *vários meios de direcção* ao lado do direito (mercado, finanças, organizações). Daí que seja importante salientar a centralidade directora do direito num Estado de direito democrático, mas não a sua exclusividade, impondo-se mesmo a conjugação de vários instrumentos de direcção para se obterem os fins desejados. Em segundo lugar, a direcção pressupõe *actores sociais* mesmo que se reconheça – como salientam as teorias autopoieticas – a existência de sistemas diferenciados dotados de uma dinâmica própria. Diversamente, porém, da auto-referencialidade sistêmica, o institucionalismo centrado nos actores depende de uma *direcção político-social* entendida como um sistema intencional e comunicativo de ação influenciadora da conformação de relações sociais orientadas para o bem comum. O que é absolutamente necessário, nesse modo de ver as coisas, é dar centralidade regulativa aos sistemas de interacção sociais através dos seus actores individuais ou coletivos. A partir desse momento analítico de direcção, o institucionalismo centrado nos actores defende uma “nova estatilidade”, uma “nova arquitetura de Estado”, onde se recortem novas formas institucionalizadoras de *cooperação* e de *comunicação* entre: (i) os actores sociais mais importantes e os intressses politicamente organizados; (ii) o Estado e as organizações políticas.²⁷

A partir daí, Canotilho divisa o impacto praxiológico desse esquema no campo da interpretação e concreção do *direito directivo-constitucional* alvitmando algumas refrações metódico-metodológicas todas tendo como pano de fundo a racionalização de prestações sociais no âmbito dos direitos sociais (saúde, segurança social, ensino) que, segundo ele, constituem exemplo típico de que a constituição social directora precisa de novos arrimos jurídico-dogmáticos e que podem ser assim sintetizadas: 1) *a idéia de “núcleo essencial” de direitos, liberdades e garantias, que sempre se perfilou contra leis e medidas restritivas desses direitos, quando se tem presente que hoje não se constitui tarefa fácil a determinação da essência de um desses direitos, “sobretudo quando eles se colocam perante os juízos de balanceamento de bens e direitos em caso de conflitos”*; 2) *os níveis essenciais de prestações sociais, que admitem que em cada prestação são especificadas e pormenorizadas as dimensões que asseguram a sua adequação, considerando que ela transporta determinada dimensão considerada essencial em relação a ela mesma*²⁸. Canotilho refere-se ao trabalho elaborado por um

²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciéncia de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade* (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”). Porto Alegre: Revista do TRF4, 2008, nº 22, pp. 8 – 9, *passim*. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciéncia de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade* (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”). Porto Alegre: Revista do TRF4, 2008, nº 22, pp. 8 – 10, *passim*. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

grupo de peritos reunido em 2005, na associação Astrid, em Bolonha, e coordenado por L. Torchia intitulado *Welfare e federalismo*, no qual se aponta que

a efetivação passa pelo recurso aos esquemas tradicionais de legislação e regulação porque se considera indispensável uma lei e um regulamento de execução. Aquela disciplinaria as prestações, os destinatários, os indicadores, o sistema informativo, os recursos financeiros, as acções estaduais de suporte, programas de intervenção extraordinária e o remédio para a inobservação de *standards*. O regulamento devia especificar a lista dos indicadores, individualizando, para cada um deles, o valor objectivo que as administrações devem respeitar.²⁹

Temos, de nossa parte, ressalva quanto a esse caminho, porque os entraves podem ser de tal monta que ao invés de facilitar, dificultaria a concreção, sobremodo em experiências jurídicas onde afloram insinceridades normativas. De qualquer sorte, Canotilho registra que, “o que há de novo [no referido trabalho] é a tentativa de introduzir *guide-lines* de boas práticas ou de *standards* possibilidades de controlo e que primariamente dirão respeito aos mecanismos de *governance* e de *accountability*, mas que poderão constituir também elementos de facto para a eventual jurisdicinalização dos conflitos prestacionais.” O certo é que tudo isso pretende mostrar que “o direito constitucional como ciência de direcção não pode ficar alheio a esquemas novos de concretização. E não deixa de ser um bom “teste” à metodológica jurídico-constitucional a caracterização, em sede judicial, do nível essencial de prestações sociais.”³⁰

A partir daí, o que sustentamos é que para fazer frente à mediatização hipertrófica realizada pela economia por meio de seu código binário diferenciador (*ter/ não-ter*), a constituição se apresenta como condição de possibilidade mediatizadora do código binário *inclusão-exclusão*, seja no momento da escolha dos conteúdos das decisões legislativas, executivas e judiciais, seja pelas mais variadas vias concretizadoras posta no cenário pelos mais variados agentes não-governamentais e privados. Noutras palavras, os direitos fundamentais se apresentam mediatizados pelo código *inclusão/exclusão* como possibilidade de conhecimento a ensejar que a constituição conforme ou, se se preferir,

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, ano 22, 2008, p. 10. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Porto Alegre: Revista do TRF4, nº 22, 2008, pp. 10 – 11, *passim*. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 03/11/2015.

direcione os conteúdos, na modernidade periférica, em prol da realização das promessas de modernidade não cumpridas.

CONCLUSÃO

Ajustar os Estados periféricos à globalização tem conduzido a uma situação de exclusão, onde a soberania popular e o princípio da dignidade da pessoa humana têm sido postos de lado em face da sobrepujança de um unilateralismo massificante. Em nome da globalização tem-se levado à falência pequenas e médias empresas nacionais a fim de propiciar a entrada de produtos dos países do primeiro mundo. Tem-se assistido a privatizações, entregando-se, sem controle, o poder e a riqueza de empresas estatais, o que tem acarretado consequências desastrosas para as relações de consumo. Têm-se reduzido os direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores, aniquilando-se com a proteção à despedida arbitrária, reduzindo-se salários, amesquinhando-se aposentadorias, tudo em nome de uma reforma social. Assiste-se, ainda, a uma redução significativa de aporte de recursos do governo central aos governos locais, desfigurando-se federações e fazendo-se tábula rasa do princípio da subsidiariedade, prejudicando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Os sistemas de saúde e de educação têm cada vez mais sua responsabilidade imputada aos governos locais ou à própria comunidade. Com isso, sucateiam-se escolas e hospitais. Tudo, enfim, em defesa do que se preconizou chamar de “Reforma do Estado” ou “Modernização do Estado”, ao escopo de preparar o Estado que enfrenta o terceiro milênio para um mundo globalizado.

Esse contexto mais que nunca revela o nível de desigualdade entre as camadas da população, porque se evidencia uma enorme diferenciação entre *incluídos* e *excluídos* que, por mais paradoxal que seja, é incompatível – tanto com a democratização interna (do Estado de Direito), quanto com a (des) ordem internacional globalizada (democratização externa?) – mas, ao mesmo tempo, a alavanca.

É por isso que ainda julgamos pertinente a diferença entre *Estados-núcleos* e *Estados periféricos*, porque a inclusão na rede sistêmica peculiar à globalização marginaliza aqueles Estados que, como num passe de mágica, viram-se obrigados a se inserir na nova ordem sem que tenham conseguido, ainda, ultrapassar, as providências alinhavadas pelo Estado de Bem-Estar-Social, revelando uma *modernidade tardia* ou um *simulacro de modernidade*, na expressão de José Ribas Vieira desvelada por Streck³¹. Os chamados *Estados-núcleos* passaram pelo Estado de Bem-Estar-Social e são donos e operadores do sistema bancário

³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25.

internacional, controlam todas as moedas fortes, são os principais clientes do mundo, fornecem a maioria dos bens acabados, dominam os mercados internacionais de capitais, exercem considerável liderança moral dentro de muitas sociedades, são capazes de maciça intervenção militar, controlam as rotas marítimas, realizam a maior parte da pesquisa e desenvolvimento de tecnologia de ponta, controlam o ensino técnico de ponta, dominam o acesso ao espaço, dominam a indústria aeroespacial, dominam as comunicações internacionais e dominam a indústria de armamentos de alta tecnologia³². Vê-se, dede aí, que os *Estados-núcleos* são centros de irradiação de decisão econômico-financeira, política, científico-tecnológica e cultural. Já os *Estados Periféricos* gravitam, impulsionados por essas demandas em torno do centro. E a tendência de se conduzir o debate político em torno de dois mundos: norte-sul, oriente-ocidente, ricos-pobres, centro-periferia, que se supunha encontrar-se ultrapassada em face do processo de globalização, volta (na verdade nunca deixou de estar) ao cenário.

Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que a globalização não tem conduzido a um processo de inclusão, ou por outras palavras, ela não conduz a um processo homogêneo (nem poderia, porque os Estados periféricos, como o Brasil, ainda vivem numa modernidade tardia). Ela é modelada pelos interesses, objetivos e prioridades de segurança e do capital sediado em Estados hoje já não mais predominantemente ocidentais porque a China e o Japão entram em cena. Ou será que ainda hoje, e não apenas nos anos do pós-guerra, para salvaguardar esses interesses os Estados Unidos – como a única grande potência que restou após o desmoronamento da União Soviética – a Grã-Bretanha e a França não se alinham para tomar decisões sobre questões políticas e de segurança? Ou será que os Estados Unidos não se alinham como a Alemanha, o Japão e já estamos assistindo a entrada em cena nesses arranjos da China, para decidir sobre questões de natureza econômica. E, enfim, será que alguém duvida igualmente que as decisões tomadas afetam a economia, a política e a segurança de tantos outros Estados?

Avultam-se, desde aí, portanto, duas modernidades: a modernidade central e a modernidade periférica. Enquanto na modernidade central os efeitos da globalização são melhor assimilados porque os Estados passaram pela etapa do Estado de Previdência, na modernidade periférica a crise se agudiza quando em busca de integração na sociedade global, divisa-se, com mais intensidade, a falta de autonomia das esferas de juridicidade, sobretudo a estatal em definir os conteúdos e os processo de criação e aplicação normativas, de maneira a

³² Características do centro condensadas por BARNETT, Jeffery R. "Exclusions as National Security Policy" apud HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recompensa da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996, pp. 97 – 98.

valorar a igualdade e a dignidade da pessoa humana como condições para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Ainda que se divise certa mobilidade no deslocamento do esquema “centro e periferia”, o que se pode perceber presentemente com a situação da China, o certo é que a chamada *periferização do centro* mostra-se como uma tendência paradoxal não invalidando a distinção entre centro e periferia. A propagação de ondas de exclusão também em países do centro revela o equívoco em que laboraram aqueles que sustentam a (falsa) liberdade como esteio do neo-capitalismo, que faz amargar a perda de autonomia do direito desmoronando o Estado de Bem-Estar-Social em lugares onde ele pôde se desenvolver, e inevitavelmente, ao mesmo tempo, revela o quanto as camadas de não-incluídos dos países da modernidade (tardia) periférica sofrem com os efeitos da globalização econômica.

Realmente, apesar de toda a *constitucionalização do direito internacional* como se assiste no processo de unificação da Europa e de toda *internacionalização do direito constitucional*, com a abertura das constituições para acolher normas de direito internacional como princípios e tratados, ainda se divisa no direito nacional o ponto de partida para a existência e produção do sistema internacional. Todavia, é inegável que o processamento de comunicações intersistêmicas na sociedade internacional, cujo resultado é a criação de novos polos heterárquicos, tem-se erigido em detrimento do desempenho da função sistêmica da constituição no Estado Nacional que é servir de acoplamento estrutural entre direito (*lícito/ilícito*) e política (*poder/ não-poder*), de modo a permitir uma salutar interreferência entre os dois sistemas, de maneira a canalizar e equalizar os interesses recíprocos, no conserto democrático.

A questão se acentua quando entra em jogo na comunicação o código hipertrófico (*ter/ não-ter*) da economia. E se no plano interno, as irritações causadas pelo código hipertrófico já acentuam e frustram a atuação dos direitos humanos como limites de capacidade de aprendizagem, o mesmo se projeta no sistema internacional exigindo, a toda evidência, uma institucionalização/ programação, tanto interna, quanto internacional, para em nome do conserto democrático, proceder aos ajustes necessários nessa linha de fratura.

Na escolha de conteúdos e procedimentos, que tradicionalmente marcou a autonomia do direito do Estado Nacional, a função bivalente do código binário do direito se intensifica em defesa de sua unidade na medida em que ela mediatizar, tanto internamente, como na sociedade global, a marcação dos conteúdos pelo filtro do código *inclusão/exclusão*, de modo a privilegiar aqueles conteúdos que satisfaçam a igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana a fim de que os direitos humanos possam aparecer na policontextualidade como limite da capacidade de aprendizagem e condição de possibilidade das comunicações deflagradas no plano interno ou aquelas objeto das operações transjuncionais.

E quando a função binária *inclusão/exclusão* mediatizar o irrompimento de operações por todos os sistemas, ela restará guindada a um meta-código³³, decorrendo, desde aí, a importância da Constituição como *locus* de fundamentalidade dos direitos humanos permitindo a exata mediação em defesa deles; seja no plano interno, no âmbito de acoplamentos estruturais entre os sistemas; seja apontando o norte para as operações intersistêmicas no âmbito da transjuncionalidade heterárquica, na ordem global.

É sob tal contextura que a constituição dirigente assume nova feição ao conformar não apenas a atuação dos agentes públicos, mas igualmente dos agentes privados com a realização do projeto do Estado Democrático de Direito nos Estados da modernidade periférica que não lograram, ainda, ultrapassar o Estado de Bem-Estar-Social e apresentam, portanto, déficit de promessas de modernidade não implementadas.

REFERÊNCIAS

- BERCOVICI, Gilberto. "A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição". In: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. "Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo". In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da "constituição social")*. Porto Alegre: Revista do TRF4, nº 22, 2008, p. 2. Disponível In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm
- HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recompensa da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.
- LERCHE, Peter. Übermass und Verfassungsrecht. Köln, 1961.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- LUHMANN, Niklas. "A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito". In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Org.). *Niklas Lubmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

³³ Ver LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, pp. 660-661.

CAPÍTULO 2

Do TERRITÓRIO AO ESPAÇO-MUNDO: A DESTERRITORIALIZAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA DE SASKIA SASSEN

*Anderson Vichinkeski Teixeira
Bruno Cozza Saraiava*

SUMÁRIO: Introdução. Do território ao espaço-mundo. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A história do Estado Moderno é a história da ordenação do espaço físico a partir da noção de território. Compreender a territorialização do Estado, diante da existência de inúmeras outras formas de comunidade, equivale, ao mesmo tempo, compreender – historicamente – a maneira pela qual um complexo de fatores contribuiu para a formação do Estado. No entanto, o século XX representou a aceleração de processos de globalização que terminaram por transformar as feições desse tradicional conceito (território), dando margem mesmo para a própria noção desterritorialização do Estado.

Para abordar, brevemente, este fenômeno, adotaremos como matriz teórica a proposta de Saskia Sassen. Em um primeiro momento, analisar-se-á a significativa importância da sociedade feudal e, das suas especificidades, para a construção, ainda que incipiente, do Estado e das suas ramificações. Em um segundo momento, trataremos do fenômeno em si da desterritorialização.

DO TERRITÓRIO AO ESPAÇO-MUNDO

Segundo Saskia Sassen, a chegada do século XV representou um momento em que “el territorio y la comunidad comienzan a asociarse con las ciudades y con una concepción más material. Tilly concibe a las ciudades principalmente como ‘contenedores’ para la distribución del capital, y a los estados como ‘contenedores’ de los medios coercitivos.”¹

¹ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Buenos Aires: Katz Editores, 2012, p. 70.

Assim, esta associação com as cidades, e a consequentemente delimitação do território, possibilitou a confecção de uma estrutura destinada à distribuição/circulação do capital. É possível verificar, portanto, que a consolidação de uma estrutura econômica mínima desempenhou importante função no que se refere à formação do território, pois, a distribuição do capital, conduziu a uma centralização de rotas comerciais, fazendo com que as cidades passassem a representar um território espacialmente delimitado. Dessa forma, em razão das rotas comerciais, as cidades passaram a necessitar de uma certa especialização relativa a determinadas funções exigidas pelo desenvolvimento da atividade mercantil.

Nessas circunstâncias ou, melhor, nesse período de formação, construção e territorialização do poder estatal, o Estado buscou controlar a circulação de capital para convertê-la, por meio da coerção, em prol da realização de seus eventuais projetos ou, até mesmo, da sua própria consolidação institucional.

Em decorrência disso, a tensão gerada entre o Estado e o capital, tensão esta referente à tentativa do primeiro em regular o segundo, resultou “[...] esencial para compreender el posterior desarrollo de las formas estatales, en tanto constituye la base para su distinción entre las tres posibles trayectorias recorridas en la construcción de los estados: la intensiva en coerción, la intensiva en capital y la de coerción capitalizada²”. De fato, conforme demonstrado, há uma imbricação entre a formação³/territorialização do Estado e o crescimento/consolidação da economia na Europa.

Com isso, o desenvolvimento da economia, à medida em que exigia a substituição do sistema anterior, conduziu, nos anos 1000 a 1300, a “[...] innovaciones políticas. La monetización, el comercio, el aumento en la cantidad de formaciones urbanas y el incremento en su riqueza modifican la organización política de la época en tanto debilitan el sistema de operaciones en especie que resulta esencial para la organización feudal⁴”.

A partir disso, ou seja, a partir da modificação da organização política, outros elementos necessários à consolidação⁵ do Estado, enquanto instituição territorializada, passaram, da mesma maneira, a se modificar. Entre eles, a soberania, construção do Estado territorialmente delimitado que, em consequência desta organização política, passou a impulsionar a criação das fronteiras como limites para estes territórios.

Esta limitação de fronteiras, consolidada, propriamente, em razão das relações políticas e comerciais, obteve significância a partir do reconhecimento mútuo de cada Estado soberano. Além disso, este reconhecimento mútuo

² Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 71.

³ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 73.

⁴ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 73.

⁵ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 74.

se converteu em “um passo decisivo para a nova grandeza ‘Estado’ e para o novo direito das gentes interestatal⁶”, o que, ao fim e ao cabo, representou, em linhas gerais, a passagem do poder pessoal para o poder público, separando, substancialmente, as esferas da política e da teologia. Esta passagem, do privado para o público, permitiu, não de imediato, mas cronologicamente, a afirmação não apenas de uma ordem espacialmente delimitada, mas também de tantos outros elementos que atuaram para a consolidação da autoridade pública⁷. Portanto, ela permitiu o surgimento de práticas administrativas como representação de uma burocracia estatal incipiente.

Neste sistema complexo e multifacetado, cuja característica principal era a convivência, mesmo que mínima, de diversas ordens, com o advento da autoridade pública e, por assim dizer, do Estado – ainda em formação – territorializado, em decorrência da acumulação de capital, adveio a necessidade da criação de regras, ou seja, da criação de um sistema burocrático que, posteriormente, converteu-se em uma estrutura – especializada – denominada de administração pública. Esta construção burocrática, capitaneada, em um primeiro momento, pela arrecadação de tributos, possibilitou, às formações territoriais, “[...] mejores acuerdos fiscales, con un grado de institucionalización y sistematización más favorable para los intereses de los burgueses (Duby, 1974:225-228). Assimismo, los burgueses comenzaron a efectuar importantes reclamos políticos⁸”.

Estas reivindicações políticas, que se institucionalizaram por meio da organização da burguesia em comunas, conduziram a administração pública a uma transformação no que se refere à cobrança de tributos, de modo que os burgueses passaram a “[...] pagar los tributos en conjunto desde la ciudad como un todo y comenzaron a negociar para obtener el derecho de calcular ellos mismos los valores imponibles (Strayer, 1980: 106; Berman, 1983: cap. 12)⁹”. Dessa maneira, a implementação de um certo grau de burocratização proporcionou, substancialmente, a complexificação dos acordos¹⁰ fiscais e da institucionalização/incorporação dos reclamos burgueses à sistemática administrativa. Por outras palavras, a burocracia estatal, posteriormente consolidada como administração pública, em razão do desenvolvimento das relações, sejam elas políticas, militares e, principalmente, comerciais/econômicas entre

⁶ SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014, p. 153.

⁷ Somente agora ele adquire forma, como sujeito jurídico e “pessoa” soberana. Uma ordem especial equilibrada só se torna possível com a clara delimitação territorial, baseada na coexistência das pessoas soberanas. SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra*, cit., p. 154.

⁸ SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 86.

⁹ SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 86.

¹⁰ SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 85.

os territórios/cidades, representou, sobretudo, uma garantia, não mais privada e sim pública, aos burgueses.

Neste contexto de desenvolvimento das instituições e dos institutos que edificaram o Estado, assentadas as bases burocráticas/administrativas para esta finalidade, as cidades passaram a se caracterizar por meio de “[...] al menos tres formas de territorialidad: primero, como el espacio central de una economía local; segundo, como nodos de una red translocal de ciudades y circulación de capital; y tercero, como formaciones potencialmente sujetas a um poder estatal de carácter territorial¹¹”. Todavia, para que estas três formas de territorialidade se harmonizassem e possibilissem, à burguesia, uma estabilidade econômica e uma maior proteção em face dos perigos representados pelos piratas, pelos ladrões assim como também pelos barões feudais¹², a edificação de uma autoridade centralizada ou, melhor dizendo, a edificação do Estado propriamente dito, era condição de possibilidade para a realização dos interesses políticos e econômicos¹³ da burguesia.

Neste mesmo sentido, no que condiz à expansão da economia, parafraseando-se Saskia Sassen, a partir da ideia de “*Economia Política da Territorialidade Urbana*”, ocorreu, fundamentalmente, uma “[...] veloz proliferación de las nuevas formaciones urbanas y el surgimiento de los burgueses como actores de importancia en la esfera política y económica se produjeron dentro de un panorama más amplio que contenía muchos otros códigos Morales y configuraciones sociales anteriores [...]”¹⁴. Ademais, estes códigos morais, condizentes com a cultura consolidada neste período, contribuíram, sobretudo, para a consolidação da “Economia Política da Territorialidade Urbana”, especificamente, através de três pontos chaves, quais sejam: a) diferentes culturas políticas e econômicas que passaram a se desenvolver a partir da ascensão da territorialização das cidades; b) a formação de um direito advindo de distintas fontes; c) as cidades como representação do surgimento de novos marcos temporais e espaciais¹⁵.

Assim, a “Economia Política da Territorialidade Urbana”, concepção estratégica para a formação do Estado-Nação, segundo Saskia Sassen, se apresenta como condição de possibilidade “[...] a dar cuenta de una parte de la histo-

¹¹ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 87.

¹² Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 90.

¹³ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 87-88.

¹⁴ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 90.

¹⁵ Hay tres componentes fundamentales de esta cultura medieval concebida de modo amplio que son de interés para mi propuesta de una economía política de la territorialidad urbana. Uno de ellos se relaciona con las diferentes culturas político-económicas que se desarrollaron a partir del ascenso de las ciudades como organizaciones territoriales de importancia. El segundo de ellos es el derecho, que combina una variedad de leyes específicas (sobre todo, la ley urbana) con el derecho romano, el derecho feudal y el derecho cristiano. Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 95.

ria que ha quedado un tanto enterrada en la historiografía del Estado-nación, al parecer obnubilada con el advenimiento del Estado mismo. En las ciencias sociales, la economía política de la territorialidad urbana también ha quedado soterrada [...]”¹⁶. Em consequência disso, para esta autora, a análise da construção do Estado, a partir da formação do território, da política, do direito e do efetivo desenvolvimento da economia, havia desaparecido em decorrência da utilização de outros modelos vinculados às ciências sociais, de modo que ao se retomar esta análise historiográfica, torna-se possível perceber, para além da análise realizada através de dilemas, a complexidade das singularidades que conduziram à formação e à consolidação do Estado.

Dessa forma, além do desenvolvimento da “Economia Política da Territorialidade Urbana”, a importância adquirida pela lei, como norma abstrata e como vínculo estruturante dos interesses de uma burguesia ascendente, contribuiu para a estruturação política de demandas coletivas. Por isso, com a delimitação do território, o direito, outrora consuetudinário¹⁷ e alicerçado em diversas outras fontes, passou a estar delimitado a uma dada comunidade/territorialidade. Por conta disso, ocorreu, por assim dizer, a institucionalização de um sistema jurídico destinado à obtenção da justiça e da liberdade, isto é, um sistema jurídico vinculado a um projeto social, econômico e político capitaneado por esta nova ordem urbana territorial. Esta institucionalização, ao fim e ao cabo, promoveu, de maneira incipiente, o surgimento da concepção de segurança jurídica, pois, para que este sistema jurídico passasse a revestir estas novas formas de territorialização urbana assim como também as suas relações com particulares e com outros territórios, a garantia proporcionada por uma segurança jurídica se apresentaria como condição para esta finalidade.

Ainda, a formação desta ordem jurídica da territorialidade urbana proporcionou, substancialmente, uma transformação acerca do status jurídico do indivíduo. Isto porque, do pertencimento a uma determinada classe, seja ela de nobres, de clérigos e de trabalhadores ou, até mesmo, do pertencimento a uma determinada subcomunidade, o status jurídico passou a residir no território urbano. Neste contexto, em algumas cidades, o direito urbano passou a ser delineado a partir de uma identificação constitucional¹⁸. Com efeito, “el derecho urbano se fundaba típicamente, si no siempre, en cédulas escritas que contenían definiciones de la autoridad gubernamental urbana y de los derecho y libertades civiles. Sin embargo, incluso en aquellas ciudades donde no había

¹⁶ SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 94.

¹⁷ El orden jurídico medieval es una combinación del derecho canónico, el “derecho vulgar romano” y la costumbre, con elementos de derecho consuetudinario, fenómenos como la formalización de la nobleza y, con el transcurso del tiempo, una variedad de órdenes jurídicos particulares. SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 96.

¹⁸ SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 101.

uma cédula escrita¹⁹”, havia uma lei fundamental que estabelecia os direitos²⁰ e as obrigações básicas da população.

Importante ressaltar, contudo, que a construção territorial do Estado, historicamente percebida, ocorreu, por sua vez, em meio a um cenário de continuidades e de descontinuidades. Com isso, a análise proposta neste texto, especificamente nesta segunda parte, não buscou abordar os conflitos, de diversas ordens, que contribuíram para a formação do território estatal e das suas respectivas instituições. Portanto, neste sentido, além de adquirir forma, o Estado passou a apresentar-se como sujeito de direito bem como também detentor de soberania. Esta transformação e, ao mesmo tempo, afirmação de pressupostos, condicionou, enquanto pessoa soberana, os Estados a um padrão mínimo de igualdade relativo à política e às transações econômicas. Desse maneira, o Estado, ator fundamental, passou a ser concebido “[...] como elemento de uma nova ordem espacial, como o novo sujeito de direito de um novo direito das gentes, e torna-se irresistível como conceito jurídico. Esse Estado, porém, é essencialmente um espaço territorial [Flachenraum], unificado e fechado, do solo europeu²¹”.

Nestas circunstâncias, sobretudo a partir do século XVI, impulsionada pela formação do capitalismo nacional, ocorreu a construção e, principalmente, a delimitação de uma esfera pública nacional. Por conta disso, algumas estruturas basilares do Estado, outrora incipientes, passaram a conformar – nacionalmente – as tomadas de decisão da esfera pública. Todavia, além desta conformação, no que se refere, substancialmente, à soberania²², esta concepção política e jurídica adquiriu limites geográficos, diferenciando-se, em absoluto, da autoridade do Império, da Igreja e dos Feudos. Isto porque, “la nueva clase de autoridad que se configura en este período, con un carácter históricamente específico y cada vez más formalizado, encarna la jurisdicción territorial y la autoridad exclusiva sobre el territorio en cuestión²³”.

Além disso, com a ascensão do Estado nacional surgiram, como condição de possibilidade para o desenvolvimento de uma escala mundial, outras transformações necessárias à acomodação de toda esta estrutura. É o caso, portanto, da especialização do capitalismo, na vertente industrial, por um lado, e da burguesia e do trabalhador industrial, por outro. Entretanto, estas mudanças, ocorridas sucessivamente, não modificaram apenas o cenário econômico, modificaram, em definitivo, os cenários social, político e jurídico. De fato, historicamente falando, ou seja, da colonização ao cenário contemporâneo,

¹⁹ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 102.

²⁰ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 102.

²¹ Schmitt, Carl. *O nomos da Terra*, cit., p. 154.

²² Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 121.

²³ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 120.

percebeu-se, por assim dizer, que os saques inicialmente realizados em face das colônias, funcionaram “[...] como un factor para la formación de un tipo de capacidad que concebimos como moderna, a saber: el aparato de implementación, organización, administración y atención de las operaciones económicas transfronterizas²⁴”.

Em consequência disso, o surgimento de uma lógica inversa, condizente à construção histórica do Estado, seja ele impulsionado pela globalização ou, mais especificamente, pelos efeitos sistêmicos por ela produzidos, modificou e está a modificar, em absoluto, a estrutura e, parafraseando-se Saskia Sassen, “*toda a capacidade organizativa*” do Estado (contemporâneo) de Direito. Os efeitos disso, verificados a partir de uma análise do Estado capitaneada pelas fases do Constitucionalismo assim como também pela territorialização estatal, apontam para a manutenção destes efeitos em uma perspectiva transnacional, e, da mesma forma, para a desterritorialização do poder que, cronologicamente, em decorrência das mais variadas circunstâncias, havia sido centralizado nas instituições jurídico-políticas da modernidade. Justamente por isso, nesta parte, analisar-se-á o Estado e os seus respectivos institutos jurídico-políticos que, linearmente, estão sendo revestidos ou, melhor dizendo, substituídos por uma globalização multifacetada ou, até mesmo, por globalizações.

Atendendo-se, com isso, à proposta sustentada na obra “*Territorio, autoridad y derecho: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*”, é possível verificar e, sobretudo, apontar diferenças estruturais acerca desta outra lógica organizativa de Estado. Estas modificações se sobressaem, em um primeiro momento, através das diferenças substanciais entre o internacionalismo representado pela Conferência de Bretton Woods²⁵ e o internacionalismo contemporâneo, representado, ao fim e ao cabo, pela economia financeirizada e pela consequente desestruturação institucional do Estado. Neste sentido, “entre los indicadores de esa diferencia constitutiva se encuentran las transformaciones internas del Estado nacional que empiezan a fines de la década de 1970 y, sobre todo, en la década de 1980 [...]”²⁶, transformações estas que, de maneira geral, impulsionaram o protagonismo do Estado no que diz respeito ao controle da esfera econômica.

Em um primeiro momento, no que condiz, portanto, ao protagonismo desempenhado pelo Estado no período de Bretton Woods²⁷, isto é, na escala mundial do segundo pós-guerra, como primeira condição à vigência deste período, o investimento público, destinado a impulsionar e, por assim dizer,

²⁴ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 130.

²⁵ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 207.

²⁶ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 208.

²⁷ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 213.

a regular a economia, se apresentou como condição de possibilidade à proteção do mercado econômico interno. Dito de outra forma, com a proteção do mercado interno, por meio da intervenção estatal, se buscou, além de garantir a autodeterminação econômica dos espaços nacionais, proteger a integridade territorial e, ainda, a independência jurídica e política dos Estados-Nação. Neste mesmo contexto, também como característica consolidada a partir da Conferência de Bretton Woods, com a regulação do mercado pelo Estado, tornou-se factível regular, via planejamento estatal, as bolsas de valores. Ademais, a terceira e última condição fundamental destinada à implementação da escala mundial, através dos indicadores propostos pela Conferência de Bretton Woods, se converteu na proteção, proporcionada pelo Estado, do sistema financeiro nacional em razão da concorrência internacional bem como também da variação das taxas de câmbio.

Todavia, o planejamento econômico estatal proposto pela Conferência de Bretton Woods, no que se refere ao fomento do internacionalismo do segundo pós-guerra, propiciou, de imediato, um isolamento econômico que influenciou, para a análise realizada neste trabalho, no Constitucionalismo e, principalmente, na soberania ou, melhor, nos vínculos jurídico-políticos do Estado-Nação. Isto porque, com a manutenção da delimitação das fronteiras nacionais, a estatalidade territorial, enquanto detentora de poder sobre um dado território soberano, se manteve à frente de um dirigismo interno. Assim, a criação deste sistema econômico do pós-guerra, se apresentou como uma decisão, cuja finalidade consistiu na construção de “[...] una economía global mucho más institucionalizada y constitucionalizada que la del siglo XIX, y lo harían en nombre de la estabilidad política, el crecimiento económico y la justicia social, tres elementos inseparables²⁸” das instituições do Estado.

Apesar desta criação, ou seja, da criação de um sistema econômico para o pós-guerra, centralizado, ainda, nos limites espaciais do Estado-Nação, a partir de 1980, em decorrência do apogeu dos bancos transnacionais, ocorreu a “[...] evacuación parcial de ese sistema bancario, que se retira de los mercados de capitales estadounidenses y del sistema financiero internacional [...]. Este proceso deja abierto un nuevo espacio para otro tipo de actores y para los correspondientes reordenamientos²⁹” entre o Estado, em processo de desterritorialização, e o sistema econômico - em sua nova versão - financeirizado. Com o surgimento destes novos atores, quais sejam, os bancos, as sociedades e os mercados financeiros internacionais, a antiga estrutura estatal, construída através dos fundamentos de um poder soberano, passou a se apresentar como entrave às exigências/necessidades deste outro modelo desnacionalizado.

²⁸ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 214.

²⁹ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 219.

Assim, em decorrência deste sistema depender, para operar, de uma maior flexibilidade bem como também de uma menor regulação estatal, para o seu desenvolvimento, ou, como melhor observa Saskia Sassen, para esta “*outra lógica operativa*” – “*Punto de Inflexão*” –, a especialização de um conjunto de medidas, de alcance global, determinou o sucesso, do ponto de vista financeiro, da era global. Nestas circunstâncias, para a completa consolidação desta lógica global de mundo, tornou-se imprescindível a execução de determinadas medidas. A primeira delas, evidentemente, se referiu às transformações das capacidades dos setores bancário e financeiro que, contemporaneamente, passaram a operar em um nível sistêmico/internacional³⁰. Com efeito, dando início ao “ponto de inflexão”, isto é, dando início à desterritorialização do Estado (nova lógica organizativa), Saskia Sassen adverte que, “[...] ese punto de inflexión se produce gracias a la acumulación de ciertas condiciones, dinámicas y predisposiciones entre los actores principales, sumada a la importancia de los Estados Unidos dentro del sistema y el firme apoyo que brinda el gobierno estadounidense [...]”³¹ em relação às operações das suas empresas no mercado internacional.

A segunda medida, condizente à crise dos Estados Unidos na década de 1970, possibilitou, por parte do governo americano, “[...] una internacionalización de la nueva lógica organizadora, pero también un aporte de elementos a ella. En el gobierno estadounidense (y más precisamente en ciertos componentes del Estado) se trabajó para desarrollar un nuevo ordenamiento entre el Estado y la economía [...]”³², ordenamento este que, ao fim e ao cabo, reorganizou a relação entre Estado e atores econômicos, de modo que a predominância destes sobre aquele possibilitou, sobretudo, a redistribuição do poder para além dos confins do Estado. Em consequência disso, o internacionalismo proposto pela Conferência/sistema de Bretton Woods, a partir da relação entre Estados Unidos³³ e os novos atores financeiros, fora substituído por uma nova formação política, jurídica e, principalmente, econômica. Por outras palavras, o fechamento da economia, no segundo pós-guerra, não mais se apresentou como condição à manutenção do sistema financeiro típico da era global, pois, este novo sistema, exigiu, para a sua consolidação, uma maior flexibilização e uma menor regulação.

Assim, como sustenta Saskian Sassen, na Era Global, “la profundidad de las nuevas transformaciones globales no se limita a una imposición imperial de las preferencias estadounidenses. Aunque ese país no representaba la condición de Estado en la década de 1980, es muy probable que resulte emblemático

³⁰ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 220.

³¹ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 220.

³² Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 220.

³³ Sassen, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 225.

como caso³⁴” mais extremo da condição de Estado nesta era global. De tudo isso, como não poderia deixar de ser, entre as principais características advindas da era global, se encontra, no que concerne às transformações do Estado, sejam elas territoriais, políticas e/ou jurídicas, a redistribuição do poder, uma vez que esta redistribuição, conforme se verificará, desidentifica as estruturas estatais e o próprio Constitucionalismo, conduzindo, todos eles, à uma submissão capitaneada pela globalização de um modelo econômico-financeiro.

Importante ressaltar, contudo, que entre as causas que se sobrepuiseram ao poder estatal, as medidas monetárias e fiscais, de matriz neoliberal, desempenharam e ainda desempenham posição de destaque no cenário mundial. Neste contexto, o poder dos mercados e das empresas globais, ao se incorporar às estruturas de poder do Estado, buscando atender, em particular, ao seu interesse, proporciona/opera, à medida em que assume estrategicamente as funções outrora realizadas pelas instituições estatais, um deslocamento político e jurídico da esfera pública à esfera privada. Isto porque, com a mundialização da economia, potencializada pela globalização e pela consequente abertura dos países, que buscam se adaptar a este processo, se verifica, com uma maior evidência, um progressivo deslocamento de poder. Ademais, juntamente com este processo ou, melhor, como condição de possibilidade à sua realização, ocorre, por assim dizer, um efetivo esvaziamento do legislativo, isto é, boa parte daquilo que era de competência deste poder, passou para a esfera privada, descaracterizando, democraticamente falando, o Estado assim como também a sua Constituição.

Todavia, com o contemporâneo deslocamento do poder, ou seja, do Território ao Mundo, boa parte das características próprias do Constitucionalismo³⁵ fora açoitada “[...] pela fragilização/fragmentação daquilo que ele mesmo ‘constitui’ e do qual se sustenta, o Estado, seja pela tentativa de apontá-lo como, ao contrário de sua ideia inicial e a partir do desenho que impõe, um instrumento impeditivo do desenvolvimento – econômico”³⁶ e financeiro. Em

³⁴ SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho*, cit., p. 225.

³⁵ “Dito de outra forma, a crise constitucional se apresenta, na linha primordial para a presente discussão, desde fora, como processo de desconstitucionalização promovido pelo dito neoliberalismo, além de se ver constrangida, muitas vezes, pelo descompasso entre as *promessas* que contempla, a vontade política e as condições econômicas para a sua realização. Assim, o que temos vislumbrado na prática é o reforço desta postura, quando as Constituições e o próprio constitucionalismo moderno são revisitados, sobretudo, quando visto desde o perfil mercadológico característico do capitalismo financeiro globalizado, na medida em que “com o prevalecimento da lógica mercantil e a já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico, a concepção de uma ordem constitucional subordinada a um padrão político e moral esvanece”. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 53.

³⁶ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado....*, cit., p. 52.

outras palavras, o constitucionalismo, em um Estado Democrático de Direito, “[...] ya no pretende limitarse al ordenamiento de los poderes y al reenvio a la ley para garantizar los derecho; más bien pretende, sobre todo, significar la existencia de algunos principios fundamentales generalmente compartidos [...]”³⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, verifica-se que o constitucionalismo na era global, em último caso, além de não garantir toda a organicidade do Estado assim como também não garantir a realização dos direitos fundamentais-sociais, não viabiliza, por um lado, mediante aquilo que Maurizio Fioravanti denominou de “*Doble Vocación Histórica*³⁸”, a construção de limites ao poder soberano, poder este que, na contemporaneidade, se apresenta, cada vez mais, tutelado pelo mercado financeiro (ou é o próprio mercado). Portanto, em razão de tudo isso, e como encaminhamento para a terceira e última parte deste trabalho, questionar-se-á acerca da manutenção da “*Doble Vocación Histórica*” do Constitucionalismo em uma perspectiva transnacional, de modo que para isso, por meio de uma outra concepção política e jurídica, verificar-se-á as condições, em um cenário mundial, da Soberania e do Estado.

REFERÊNCIAS

- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antiguedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Buenos Aires: Katz Editores, 2012.
- SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014.

³⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antiguedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 150.

³⁸ “Construir límites y garantías frente al poder soberano en defensa de las esferas propias de autonomía y de los derechos propios; [...] a participar en la construcción de ese poder a través del instrumento del consenso y con la evidente finalidad de garantizar mejor esas mismas esferas y esos mismos derechos dentro de la nueva dimensión del poder soberano. Estos son los dos movimientos del constitucionalismo: resistencia y participación.” FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 143.

CAPÍTULO 3

INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: SOBRE O DIÁLOGO DE CORTES NO BRASIL

*Clara Cardoso Machado Jaborandy
Matheus Macedo Lima Porto
Liziane Paixão Silva Oliveira*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Racionalidade transversal e o diálogo constitucional: em busca de um aporte estruturante. 2. Cooperação, interconstitucionalidade e transconstitucionalismo: a ressignificação do conceito de soberania. 3. O Estado Constitucional Cooperativo sob a perspectiva do princípio jurídico da fraternidade. 4. Transconstitucionalismo e cláusula de abertura constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Os fenômenos da globalização, regionalização e integração regional exigem novas maneiras de se pensar a atuação do Estado. No âmbito do direito, tais acontecimentos impõem certas restrições ao modo de ação estatal, orientando-os na construção de seu ordenamento jurídico ou ampliando a possibilidade de incidência normativa. A ideia de normas de direito internacional do tipo *jus cogens* e as obrigações *erga omnes* são exemplos dessa nova realidade, que ressignificam a concepção tradicional de soberania, impulsionando o diálogo e a abertura constitucional.

Diante disto, o presente artigo tem como objetivo verificar como essa configuração global pode influenciar o processo de internacionalização do direito e, partindo desta perspectiva, pretende-se verificar possibilidades de estruturação do diálogo das cortes no Brasil.

Para tanto, será discutido como a rationalidade transversal pode ser utilizada como amparo teórico para essa reflexão a partir da realidade nacional. Assim, busca-se demonstrar a partir desse pressuposto que é possível compreender o transconstitucionalismo, o interconstitucionalismo e estado constitucional cooperativo como teorias que dialogam com a lógica da transversalidade.

Num segundo momento, analisar-se-á os sentidos da ideia de internacionalização do direito como uma realidade vivenciada no Brasil. Além disso, será abordado o debate entre a soberania frente a tal realidade e as divergências e convergências entre as teorias que foram escolhidas para a discussão do tema.

Outrossim, postula-se a ideia de um estado constitucional cooperativo como argumento para interlocução entre tribunais para que o processo de internacionalização se torne mais profícuo. Defende-se também que a fraternidade, enquanto princípio jurídico, contribui para essa efetivação.

Para o desenvolvimento do estudo, utiliza-se de pesquisa bibliográfica e documental, a partir do raciocínio indutivo e do procedimento comparativo. Buscou-se o diálogo entre as teorias que de algum modo trazem a discussão sobre uma rationalidade transversal para a compreensão da internacionalização do direito. Em que pese o trabalho traga uma discussão predominantemente teórica, alguns julgados são colacionados ao debate teórico, sobretudo a partir da possibilidade de estruturação do diálogo entre cortes a partir do reconhecimento da cláusula de abertura constitucional que se encontra positivada na Constituição Federal de 1988.

1. RACIONALIDADE TRANSVERSAL E O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DE UM APORTE ESTRUTURANTE

A ideia de Constituição tal como hoje se comprehende remonta ao movimento do constitucionalismo moderno, principalmente, quando surgem as primeiras constituições escritas. No entanto, quando se pensa em constitucionalismo, esse é reconhecido como uma diversidade de movimentos constitucionais que derivam de inúmeras agitações promovidas em torno de revoluções sociais, políticas e jurídicas.¹

Por outro lado, como acentua Canotilho, o constitucionalismo moderno se formou a partir de movimentos que resultam de anseios nacionais com o intuito de estabelecer limites a um governo para que fosse possível uma organização político-social de uma comunidade e garantir direitos para a mesma comunidade.² Trata-se, portanto, da tentativa de limitação do poder com finalidades garantísticas.³ Em suma, o governo das leis, não dos homens, assegurando a esses o exercício de seus direitos e impondo restrições ao Estado.⁴

¹ CALÇADO, Gustavo. **Constitucionalismo: crise ou transição?**. Uberaba: W/s Editora e gráfica, 2012.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 45.

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brancosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política I**. Brasília: Universidade de Brasília, 1. ed., 1998.

Nesse momento de combate ao arbítrio do poder e construção da racionalidade do direito e nos diversos momentos do constitucionalismo moderno, a necessidade de reconhecimento e proteção de direitos fundamentais foi decididamente uma de suas maiores reivindicações. Com a nova realidade global, observada a partir da complexificação da sociedade e as consequências da globalização, a necessidade de se pensar em soluções coletivas para problemas de esteira constitucional é cada dia mais pujante. Nesse sentido, alguns autores têm desenvolvido trabalhos cuja centralidade consiste em pensar problemas constitucionais a partir de uma relação transversal.

De início, vislumbrou-se a necessidade de fazer uso da abordagem comparativa para examinar três teorias: o interconstitucionalismo, o estado constitucional cooperativo e o transconstitucionalismo. O ponto comum entre essas perspectivas é que todas tratam de problemas constitucionais além-fronteiras, ou seja, questões que superam as barreiras territoriais do estado-nação, muito embora nem todos os autores das respectivas teorias utilizem do paradigma de análise sistêmico da sociedade. Apesar disso, percebe-se à que o paradigma da transversalidade pode servir de apoio para a análise dessas questões constitucionais frente a internacionalização do direito. Assim, é mister apresentar, ainda que sem muitas delongas, a essência da racionalidade transversal.

Um dos primeiros a pensar na transversalidade foi Luhmann, com a teoria dos sistemas sociais. Em sua percepção, com a modernidade a sociedade passou a se constituir de diversos sistemas com reações e linguagens próprias. Suas ideias partem da distinção de sistema e ambiente, este último encarado como a realidade circundante, em que o sistema e ambiente são incomunicáveis. Assim, os acontecimentos do ambiente são filtrados a partir de sua linguagem própria, inserindo-se, posteriormente, no sistema.⁵

Outro conceito importante para a compreensão de seu trabalho é a ideia de acoplamento estrutural – fenômenos de irritação entre subsistemas sociais, a partir da leitura de seus códigos. A partir da análise da teoria de Luhman, Srimoni explica que a Constituição faz um elo entre direito e política constituindo um meio de comunicação que recepciona formas de acoplamento estrutural entre esses subsistemas. Diante disto, “a Constituição confere fundamento jurídico à política e, ao mesmo tempo, fundamento político ao direito”.⁶

A ideia de Constituição, portanto, representa um mecanismo bilateral entre dois sistemas autônomos e, diante da racionalidade transversal, pode-se

⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, 1998.

⁶ SIMONI, Rafael Lazzarotto. Constituição, Estado Constitucional e paradoxo: centro de controle e direção de uma sociedade policêntrica. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Edição especial 2008.

sugerir que há o entrelaçamento de mais de dois sistemas.⁷ Desse modo, mais do que filtros de irritações e influências, a Constituição contemporânea é “instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente na política e no direito”.⁸

No entanto, como assinala Neves, é a partir da emergência de uma nova ordem internacional e seus conflitos com outras ordens (transnacionais, estatais e supra estatais) que a ideia de transversalidade ganha destaque na análise da Constituição.⁹ Questões de direito ambiental e de direitos humanos, por exemplo, colocam a concepção tradicional de soberania em crise. Soluções para problemas globais tomados a partir de respostas unilaterais, como a primazia do direito internacional ou do direito interno revelam-se, no mínimo, insuficientes, quando não, problemáticas.

Numa perspectiva dialógica, Silva propõe em um de seus estudos o que considera como uma integração jurídica discursiva. Para ele, apesar de importantes, questões como a hierarquia de tratados supranacionais e a vinculação dos países às decisões tomadas por esses tribunais são demasiado complexas por envolver questões como soberania que envolvem discussões em diversos setores.¹⁰ Assim, entende que o fomento de uma integração jurídica na América Latina seria mais proveitosa e efetiva a partir de um diálogo constitucional transnacional.

Tal diálogo aconteceria basicamente de duas formas. A primeira se daria no âmbito de empréstimos constitucionais e a segunda por meio da migração de ideias constitucionais. Por empréstimos constitucionais, compreende-se a importação de normas das Constituições de um país para o outro seja no âmbito constituinte, jurisprudencial ou de teorias constitucionais. Já pela migração de ideias constitucionais, entende-se como o livre o câmbio de ideias (razão de decidir) ou o diálogo entre cortes.¹¹

Assim como aqui se defende, resta ressaltar que a ideia de migração das ideias é mais adequada num contexto de internacionalização do direito e isso pode ser explicado por duas razões. Primeiro, a utilização do diálogo de ideias desvincula os tribunais e o próprio Estado da discussão sobre a vinculação ou não às decisões de cortes externas. E, segundo, como a construção jurisprudencial das cortes seria em diálogo, em poucos casos haveria um conflito com relação à subordinação formal normativa.

⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 50.

⁸ Ibidem, p. 62.

⁹ Ibidem, p. 83.

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-518.

¹¹ Ibidem, p. 518-520.

Assim, a busca por diálogos entre cortes funcionaria como uma forma de pensar soluções para problemas comuns e em mecanismos de aprendizado institucional conjunto. A racionalidade transversal, a partir da ideia de direitos com vinculação *erga omnes*¹², *jus cogens*¹³ e da ideia de patrimônio comum da humanidade, torna-se cada vez mais pujante. É nesse sentido e a partir do novo contexto internacional que esse debate se torna relevante. Nesse intuito, a seguir será investigado como as teorias transversais contribuem para a análise da internacionalização do direito frente ao diálogo de cortes.

2. COOPERAÇÃO, INTERCONSTITUCIONALIDADE E TRANSCONSTITUCIONALISMO: A RESSIGNIFICAÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA

Os anos 1990, por diversas razões, constitui um paradigma para o estudo das relações internacionais. Identificam-se, nesse período, fenômenos cuja centralidade é tão relevante que seus efeitos repercutem não só no âmbito interno, como também na ordem internacional. Pensar a globalização, a regionalização ou a integração exige também um pensar nas novas maneiras de atuação do Estado.¹⁴

A globalização, entendida como um processo em que há maior tendência para integração econômica global, abrange elementos comerciais, financeiros, monetários, dentre outros. Das suas principais características nesse processo, vale ressaltar a crescente desnacionalização dos direitos, desterritorialização das formas institucionais e descentralização das formas políticas do capitalismo, a busca por modos de padronização de práticas comerciais no plano global, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos

¹² Conforme ensina Mazuolli, as obrigações *erga omnes* são aquelas impostas a todos, mesmo que não aceitas, não se podendo dela esquivar; são normas que atingem todos os sujeitos de direito internacional público. No que diz respeito à responsabilidade internacional dos Estados por violação dos direitos humanos, não só as normas oriundas de tratados que estabelecem obrigações *erga omnes* devem ser observadas, mas também as de origem consuetudinária. In: Mazuolli, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹³ Preleciona o art. 53 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

¹⁴ SARAIVA, José Flávio Sombra. **História das relações internacionais contemporâneas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 322.

migratórios, as mudanças radicais na divisão internacional do trabalho, na estrutura político-econômica multipolar, dentre outros.¹⁵

Assim, num contexto em que diversos fatores externos influenciam a dinâmica interna, o direito – como regulador da ordem social – não poderia estar indiferente à nova realidade. Kelsen, a seu tempo, já advertia que a medida em que o direito internacional passava a regulamentar matérias que antes se restringiam à normatização na ordem jurídica interna dos Estados haveria uma tendência crescente de se atribuir mais direitos e deveres aos indivíduos. No entanto, é com o findar do último século e início deste que se observam relações mais cooperativas entre cortes estatais e/ou internacionais no sentido de haver uma aplicação de uma norma jurídica comum ou se fazer uso de legislação comparada.¹⁶

Desse modo, faz-se necessário analisar como o paradigma do mundo globalizado promoveu a internacionalização do direito. Para explicar tal mudança e suas consequências, é preciso se debruçar em alguns pontos fundamentais na construção do processo de internacionalização e de suas possibilidades. Um, dentre os diversos aspectos, é (re) pensar uma concepção de soberania adequada à realidade que se enfrenta na nova dinâmica global.

Conceituar Estado revela-se tarefa complexa haja visto a diversidade de vertentes teóricas, ideológicas e epistemológicas possíveis de se adotar. Por outro lado, mais recorrente é caracterizá-lo e, nessa toada, a soberania é um dos seus aspectos fundamentais. Tal característica, no plano jurídico, decorre dos tratados da Paz de *Westphalia* de 1648 em que os diversos “estados” existentes à época reconheceram-se mutuamente como a maior autoridade nos limites de seu território e como iguais juridicamente nas suas relações recíprocas.¹⁷

No entanto, com o transcorrer dos anos e em decorrência das transformações políticas, econômicas e sociais, o conceito de soberania também precisou se adaptar às novas realidades estatais.¹⁸ O dever de proteção ao meio ambiente, a promoção dos direitos humanos e a busca por sua efetivação, a cooperação econômica internacional são algumas das razões pelas quais os Estados fazem concessões no âmbito internacional a fim de promover um suposto interesse comum. Assim, pode-se dizer que atualmente o poder soberano estatal consiste

¹⁵ VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Tese (Livre-docência em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 606 p. 2012, p. 43.

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 229-230.

¹⁷ Ressalte-se que esse momento é apontado não como o surgimento do conceito de soberania, o que já era dissertado por autores como Grotius e Bodin, mas da sua formalização jurídica.

¹⁸ OLIVEIRA, Líziane Paixão Silva. **A convenção sobre diversidade biológica e o princípio da soberania**. Curitiba: CRV, 2016, p. 13.

na autoridade necessária para participar na comunidade internacional, responsávelmente e cooperativamente.¹⁹

A existência de soberania enquanto cooperação pode ser observada com a participação de grandioso número de Estados que ratificam convenções internacionais e submetem-se às jurisdições internacionais.²⁰ No entanto, diante dessa realidade, também se observam conflitos entre as ordens jurídicas interna e internacional. Daí surge a dificuldade em harmonizar a hierarquia de normas (ou sua impossibilidade) diante de casos cuja proteção jurídica afetam interesses que transcendem as fronteiras estatais.

No que diz respeito ao Brasil, por exemplo, questão relevante se dá quanto ao exame da hierarquia dos tratados em sede do princípio geral no direito público da prevalência da supremacia da Constituição. Em diversos casos o Supremo Tribunal Federal foi provocado a decidir a respeito do conflito entre a norma nacional e internacional.²¹ Atualmente, em que pese a diversidade de críticas possíveis, está firmado no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional 45/04 têm hierarquia supralegal e, no que se refere a questão afeta a direitos humanos, têm hierarquia constitucional desde que tenham passado pelo procedimento disposto no parágrafo 3º da Carta Magna.

Ao observar o teor dos julgados, percebe-se que prevaleceu o posicionamento de preponderância da norma jurídica interna que tenha amparo constitucional em detrimento de legislação internacional que esteja em vigor no Brasil e que destoa do que preceitua a lei fundamental. Observa-se, num aspecto internacionalista, um claro desrespeito ao art. 27, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 que preceitua como injustificável a oposição de direito interno como forma de descumprir direito internacional. E, nesse aspecto, o Estado também estaria passível de sofrer responsabilização de acordo com o direito internacional geral a partir de cada caso concreto.

¹⁹ Ibidem, p. 35.

²⁰ Percebe-se o internacionalismo de Kelsen nesse conceito de soberania, “Do fato de o Direito internacional se situar acima dos Estados, acredita-se que é possível concluir que a soberania do Estado é essencialmente limitada e, por essa via, se torna possível uma organização mundial eficaz. O primado do Direito internacional desempenha um papel decisivo na ideologia política do pacifismo. A soberania do Estado - que o primado do Direito internacional exclui por completo - é algo completamente diferente da soberania do Estado que é limitada pelo Direito internacional. Aquela significa: autoridade jurídica suprema; esta: liberdade de ação do Estado. A limitação desta opera-se através do Direito internacional precisamente do mesmo modo, quer este seja pensado como ordem jurídica supra- estadual, quer como ordem jurídica integrada na ordem jurídica estadual. Uma organização mundial eficaz é tão possível pela aceitação de uma construção como pela aceitação da outra”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 241.

²¹ Dos julgamentos a respeito do conflito entre normas internas e internacionais vale destacar RE 71.154, Carta Rogatória 8.279, RE 80.004 e RE 446.343-1, todos do Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se que os atores internos sofrem as consequências de uma escolha política que foi realizada através de negociações internacionais, findados todos os trâmites legais próprios para a validade dos tratados. Assim, ocorre um processo contínuo de atribuição de capacidades e competências soberanas dos Estados no plano internacional. De fato, não há que se falar em perda da soberania, porque os Estados continuam aptos a determinar o direito aplicável a cada tema ou a restaurar o monopólio do tratamento jurídico sobre determinados temas. Porém, devido às pressões políticas, econômicas e sociais, tal situação é, muitas vezes, irreversível.²²

Por outro lado, ao se analisar a decisão do ponto de vista da doutrina constitucional majoritária, poderia ser dito que houve uma correta aplicação do direito. Em decorrência do princípio da primazia da Constituição no ordenamento jurídico, as decisões a ela contrárias não deveriam sequer existir naquele sistema, merecendo, portanto, a sua não aplicação eis que destituídas de fundamento de validade. Nesse sentido, a solução poderia ser considerada correta. No entanto, há de se perceber que existem problemas ao se adotar isoladamente um ou outro posicionamento tendo-se como consequência, por exemplo, eventual responsabilização internacional do Estado que se recusa a cumprir suas obrigações assumidas em âmbito internacional sob a alegação de que tal norma violaria seu direito interno.

É com a preocupação em propor alternativas a tais problemáticas que alguns, ao observar a nova realidade mundial, desenvolvem ideias que podem nortear a organização dos sistemas jurídicos voltados para a estrutura do Estado contemporâneo. Nesse sentido, vale ressaltar os estudos de Häberle²³ a respeito de um Estado Constitucional cooperativo, de Canotilho²⁴ desenvolvendo uma ideia de interconstitucionalismo e de Neves²⁵ a respeito do transconstitucionalismo, para ilustrar alguns exemplos.

A concepção de um Estado constitucional cooperativo leva em consideração o tratamento de questões relacionadas a outros Estados, instituições internacionais e supranacionais, ou mesmo questões envolvendo cidadãos estrangeiros. Vê-se não só politicamente, mas também juridicamente, possibilidades de se estabelecer relações cooperativas. Nesse sentido, evoca o pensamento para uma novel concepção de Constituição e do Direito internacional.²⁶

²² VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Tese (Livre-docência em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 606 p. 2012, p. 106.

²³ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brancosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

²⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

²⁶ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 6-7.

Assim, é necessário dizer que o processo de mudança de paradigmas para que tal concepção tenha o regozijo esperado leva certo tempo. Não obstante, observa-se que mesmo diante da resistência de alguns Estados à aderência ao modelo cooperativo (não necessariamente o proposto por Häberle), as necessidades da sociedade mundial – em que pese certas objeções que são fruto de determinadas concepções políticas de alguns Estados – corroboram para que haja cada vez mais um crescente diálogo e exercício da soberania dos Estados de forma responsável.

Canotilho, a seu turno, desenvolve a teoria do interconstitucionalismo. Num primeiro momento, faz-se mister compreender que a tese desenvolvida foi pensada diante da construção de um constitucionalismo europeu e que, durante outros tempos, como a Idade Média, poderia ser observado tal fenômeno.²⁷ Para ele, entende-se como interconstitucionalismo o estudo das “relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político.²⁸

Trata-se de uma nova proposição que foi adotada pelo constitucionalista português após a observação de que o projeto de uma constituição de ação aberta no tempo, a Constituição dirigente, estava ameaçado diante de projetos político-econômicos que contrastavam com a ideia de justiça social.²⁹ Segundo Fernandes, uma das problemáticas apontadas por Canotilho foi que o dirigismo constitucional foi incapaz de solucionar problemas no que tange a reinvenção do território estatal, tais como a internacionalização do direito e a emergência de questões constitucionais supranacionais.³⁰

A partir de tais problemas, dos fenômenos da globalização e da complexificação das sociedades contemporâneas, o autor propõe a ideia de um constitucionalismo moralmente reflexivo, cujas ideias se assentam no ideal de participação ativa da sociedade civil, responsabilidade e desenvolvimento dos meios de cooperação. Para ele, o atual contexto jurídico e político faz com que a efetividade de muitas constituições se vincule à textos normativos internacionais. Assim, a necessidade de construção constitucional no sentido de diálogo entre as tensões interno/externo e global/local se impõem diante da nova configuração da sociedade contemporânea.³¹

²⁷ RIBEIRO, Daniela Menegotti; ROMANCINI, Malu. A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 164.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brancosos**” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008, p. 266.

²⁹ Idem.

³⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Juspodivm: Salvador, 2017.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brancosos**” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

Noutro sentido é a tese do transconstitucionalismo. Neves, apesar de admitir aproximações com o interconstitucionalismo, deixa assente que o modelo transconstitucional é mais amplo.³² Para o interconstitucionalismo as duas ordens devem admitir os pressupostos do constitucionalismo e, além disso, trabalha-se o problema da fundamentalidade. Canotilho, ao propor seu modelo, restringe-se, na concepção de Neves, “à relação da ordem jurídica da União Europeia com as ordens constitucionais dos seus Estados-membros”³³.

O transconstitucionalismo, numa dimensão mais ampla, traz à tona também uma necessidade de sensibilização em face de ordens que muitas vezes não adotam paradigmas constitucionais.³⁴ Assim, “um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução”³⁵ Nessa toada, rejeita todas as formas de prevalência de internacionalismo, supranacionalismo e localismos. Antes, aponta a promoção de “pontes de transição” e “diálogos constitucionais” como forma de solução dos problemas, reconhecendo-se que a pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva transconstitucional, numa relação de complementariedade entre identidade e alteridade.³⁶

Posto que a necessidade de diálogo entre ordens jurídicas é quase que um imperativo nesse novo contexto, discutir-se-á a frente como a ideia de cooperação constitucional se integra a ideia inserta no princípio jurídico da fraternidade.

3. O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE

O advento de uma ideia de Estado Constitucional cooperativo, conforme assentado em Häberle, conforma-se em dois sentidos: um procedural jurídico-formal e outro jurídico-material. Enquanto o primeiro diz respeito aos ajustes de acordos, tratados e instituições sólidas, o segundo fixa-se nos objetivos materiais de temas como justiça social, desenvolvimento de outros

³² NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de informação legislativa*, 2014, v. 51, n. 201, p. 201.

³³ NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, 2014, n.93, p. 202.

³⁴ NEVES, Marcelo. **Marcelo Neves e o transconstitucionalismo**. Os Constitucionalistas. Entrevista concedida em 02 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-e-o-transconstitucionalismo>>. Acesso em 07 jul. 2018.

³⁵ (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, 2014, n.93, p. 207.

³⁶ Ibidem, p. 208.

países e direitos humanos.³⁷ Nesse sentido, necessário se faz que ambos andem juntos a fim de que, através das negociações estatais, possam ser formalizados documentos que se comprometam com a cooperação desses Estados e que possam, de fato, ser postos em prática.

Ao pensar nesse modelo constitucional de Estado, Häberle delineou algumas características que dele fazem parte. Primeiro, uma abertura para as relações internacionais e o zelo pelos direitos humanos de forma cooperativa com a capacidade de impor medidas que garantam sua eficiência no âmbito interno. Segundo, leva em consideração um potencial constitucional ativo, isto é, a possibilidade de realização internacional conjunta como tarefa da comunidade de Estados. E terceiro, observa a solidariedade estatal de prestação e colaboração além-fronteiras.³⁸

Assim, nota-se que a abertura que tal modelo põe em questionamento a tradicional concepção de estado constitucional no que diz respeito a questão do elemento “nacional” atrelado a concepção de soberania concebida classicamente. Do mesmo modo, tal mudança impõe novos paradigmas para o Direito Internacional. Nesse sentido, aproxima-se com o conceito vastamente utilizado no direito interno e internacional de princípio da solidariedade.

Primeiramente, faz-se necessário estabelecer uma reflexão crítica a respeito do uso comum pela maioria da doutrina e dos tribunais a respeito da concepção de solidariedade e a confusão conceitual com a fraternidade. Na realidade, a doutrina não aborda a fraternidade, tratando apenas da solidariedade, principalmente no ambiente internacional. Convém explicar a compreensão de solidariedade para o direito internacional para, posteriormente, incursinar na fraternidade e, deste modo, demonstrar que o sentido do estado constitucional cooperativo se assemelha à aplicação da ideia inserta no princípio da fraternidade a nível de uma comunidade internacional.

A concepção de solidariedade enquanto princípio jurídico e político assenta-se no dever de prestação ativa do Estado diante de situações de vulnerabilidade social. Logo, percebe-se que deve haver necessariamente uma situação de hipossuficiência. Tal realidade, na historicidade constitucional encontra seu epítome principalmente no chamado Estado Social de Direito cuja noção ganha, nesse momento, constitucionalização normativa.

Ao se falar em fraternidade, por outro lado, reconhece-se a perspectiva de um “princípio jurídico estruturado a partir da coexistência entre direitos e deveres no reconhecimento de intersubjetividade”.³⁹ Desse modo, não se trata

³⁷ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 8-9.

³⁸ Ibidem, p. 69-70.

³⁹ MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 106.

de filantropismo ou assistencialismo, mas norma jurídica destinada à efetivação de direitos e exigência de deveres, tanto por parte do Estado quanto por parte do indivíduo.

Nas relações transnacionais de diálogo entre cortes a fraternidade, principalmente nas questões atinentes à direitos humanos, leva a caminhos que estimulam o reconhecimento de identidade(s) e alteridade(s) a fim de promover esses direitos.

O cerne da fraternidade é o reconhecimento mútuo do outro marcado por relações de igualdade exigindo-se dos indivíduos responsabilidade comunitária a fim de implementar os interesses transindividuais.⁴⁰ Nesse sentido, percebe-se que a solidariedade se constitui como dimensão da fraternidade, cuja abrangência dessa revela-se maior do que daquela.

No que tange à fraternidade, necessário se faz associá-la a ideia de um estado constitucional cooperativo. Ao se propor como um de seus pressupostos, o conceito de soberania enquanto responsabilidade transcende da concepção do estado nacionalista e individualista e alcança a ideia de um estado fraternal cooperativo. A realidade internacional vivente impulsiona essa mudança de paradigmas.

Desse modo, teorias dualistas a respeito da ordem jurídica do Direito Internacional passam a ser questionadas e soluções para uma ordem integrada surgem como, por exemplo, uma crescente adesão dos estados a sistemas de soluções de litígios externos. Nesse sentido, Häberle assevera que a mudança de paradigmas para o sucesso de tal modelo jurídico é fundamental. Para ele, ambos os sistemas formariam um conjunto integral, não havendo hierarquia entre o direito interno e internacional pois ambos seriam um só. A título de exemplificação, os tratados relativos à direitos humanos seriam parte da própria Constituição.⁴¹

Em que pese a resistência de alguns Estados, percebe-se no direito constitucional de diversos países a crescente colaboração em nível comunitário-internacional. Algumas dessas questões dizem respeito principalmente à proteção do meio ambiente, a proteção dos direitos humanos, as regulações comerciais internacionais, os sistemas de integração regionais, dentre outros. Nesse sentido, nota-se que há uma agenda voltada para a colaboração dum interesse comum, que é o da humanidade.

Esclarecidas as divergências conceituais, percebe-se que a ideia do estado constitucional cooperativo é imiscuída do conceito de fraternidade principalmente considerando-se a concepção de soberania enquanto responsabilidade. Outra necessidade sistematizada por Häberle que também se relaciona à ideia de

⁴⁰ Ibidem, p. 107.

⁴¹ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 10-11.

estado fraterno é a garantia do pluralismo. Formula-se e tem como preocupação a manutenção de identidades socioculturais de cada Estado, mas ao mesmo tempo almeja-se garantir um conteúdo jurídico mínimo no que diz respeito às garantias democráticas, aos direitos humanos e do estado de direito. No mesmo sentido é a percepção de Wolkmer⁴², reiterando a garantia da pluralidade de ideias resultantes de determinado momento histórico como reflexão da realidade de um povo e, desse modo, dão legitimidade aos textos constitucionais.

4. TRANSCONSTITUCIONALISMO E CLÁUSULA DE ABERTURA CONSTITUCIONAL

Conforme assentado anteriormente, diversas são as teorias desenvolvidas em torno de uma possibilidade de se pensar numa ordem jurídica cooperativa e não hierarquizada. Neste momento, serão tratadas das possibilidades de internacionalização do direito, partindo do pressuposto que a disposição do art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, autoriza um modelo constitucional aberto, principalmente nas questões atinentes aos direitos humanos.

O modelo de convergência, tal como estabelecido por Canotilho, sob a ótica do interconstitucionalismo e com assento na disposição da Carta Magna é insuficiente. Primeiro porque está centrado na ideia de um constitucionalismo comunitário europeu que interfere de diversos modos nos países da Europa. Segundo pois não se coaduna com o que aqui se defende, limitando-se a estabelecer uma abertura e diálogo com ordens, sobremaneira, constitucionais.

Noutro aspecto, é a proposição de Neves que postula um modelo de articulação, a partir do entrelaçamento ordenado de ordens jurídicas.⁴³ Em sentido parecido com o de Häberle, propõe a ideia do diálogo como necessária não se restringindo apenas ao aspecto das ordens constitucionais. Desse modo, os sistemas de proteção de direitos humanos, as convenções e tratados de direito internacional, as obrigações *erga omnes* costumeiras também englobariam essa conversação.

A Constituição, ao elucidar que os direitos e garantias fundamentais expressos em seu texto não excluem outros decorrentes do mesmo regime e princípios por ela adotados, reproduz o teor de todas as outras cartas políticas brasileiras anteriores.⁴⁴ A inovação, no entanto, se dá justamente no tocante à

⁴² WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 19-43.

⁴³ NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de informação legislativa**, 2014, v. 51, n. 201, p. 207.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao Art. 5º, § 2º. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 516-518.

vinculação quanto aos tratados de direito internacional do qual o Brasil seja parte, o que demonstra uma clara opção do constituinte na proteção de direitos fundamentais/humanos e outros de interesse transnacional. Corrobora tal entendimento o que dispõe o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias cuja redação é a seguinte “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

A ideia do transconstitucionalismo e da racionalidade transversal implica exatamente essa cooperação entre estados, a fim de construir um aprendizado a partir de suas decisões – não significando que haja uma hierarquia entre essas cortes – o que seria justamente o contrário do que advoga Neves. Assim, a ideia de internacionalização do direito ganha assento constitucional a partir da cláusula de abertura material pois, como assevera Sarlet,

[...] o Brasil assumiu (pelo menos no que diz com o texto constitucional) a condição de um Estado do tipo aberto e cooperativo, incluindo entre os seus princípios fundamentais a prevalência dos direitos humanos, a igualdade entre os Estados, a cooperação entre os povos, além de adotar como objetivo a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, tudo conforme disposto no artigo 4º da Constituição Federal de 1988.⁴⁵

No entanto, a ideia de diálogo também traz problemáticas tão preocupantes quanto seus benefícios. Para fins de melhor compreensão, é necessário evidenciar empiricamente situações em que essa ideia trouxe resultados opostos.

Neves⁴⁶ (2013, p. 146) explicita caso pertinente de transconstitucionalismo, e que pode servir como paradigma da (possível) solução para os tribunais diante de questões de importância transnacional e de caráter (jus)fundamental. Trata-se da colisão entre as previsões normativas do art. 7º, nº. 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição brasileira, referentes a prisão do depositário infiel. Assim, em 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário (RE) 466.343/SP, o RE 349.703/RS e o Habeas Corpus 87.585/TO, assentando que tratados e convenções sobre direitos humanos, quando não aprovados nos termos procedimentais do art. 5º, §3º, da Constituição Federal (procedimento idêntico ao de uma Emenda Constitucional), teria uma hierarquia supralegal (entre a norma ordinária e a constitucional).

Posto isso, a partir de tal caso, algumas questões surgiram. Primeiro, o entendimento da necessidade de conversão constitucional com outros ordens

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais?. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constitucional-aberta-outros-direitos-fundamentais>>. Acesso em 22 mar. 2018.

⁴⁶ Neves, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 146.

jurídicas/instrumentos normativos a fim de se construir uma realidade transversal. Nesse aspecto, observe-se que os ministros que foram vencidos votaram para permitir que tais tratados fizessem parte do que se chama na doutrina francesa de bloco de constitucionalidade.

O segundo ponto é a limitação imposta pelo §3º do art. 5º a tal abertura. Assevera o dispositivo que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Apesar de problemático e dispensável, por já ter seu parágrafo antecedente disposto sobre o assunto, a Suprema Corte nunca deu solução satisfatória a respeito da divergência.

Mazzuoli sustenta que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo estado brasileiro, mesmo que não tenham passado pelo procedimento do §3º do art. 5º, servem como parâmetro para o controle de convencionalidade difuso das leis, eis que são normas materialmente constitucionais. Para o referido autor, ao se submeter à jurisdição dos sistemas de proteção internacional de direitos humanos, o estado brasileiro assumiu um compromisso e com ele também seus juízes e tribunais internos vincularam-se ao dever de observação às normas de proteção aos direitos humanos vigentes.

Não se comunga com a tese do Supremo Tribunal Federal (STF) veiculada no recurso extraordinário n. 466.343 de que apenas os tratados de Direitos Humanos ratificados após a EC 45/04 pelo procedimento de emenda teriam status constitucional, possuindo os demais tratados status supralegal. Compreende-se que todos os tratados internacionais de direitos humanos possuem status constitucional e que o § 3º do art. 5º veio apenas para fortalecer a constitucionalidade e observância dos mesmos.

Sarlet⁴⁷ sustenta a adoção de um sistema misto no que concerne à recepção dos tratados internacionais no direito interno. Segundo seus ensinamentos, com base no art. 5º, parágrafos 1º e 2º da CF, todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que versarem sobre direitos humanos seriam recepcionados automaticamente, dispensando qualquer ato formal complementar para que possam ser diretamente aplicados até mesmo pelos tribunais internos (teoria monista). Por outro lado, para os demais tratados internacionais continuaria sendo adotada a teoria dualista que exige a edição do decreto presidencial para que tais tratados sejam incorporados no direito interno.

Sem dúvida, o art. 5º, §2º da Constituição brasileira é de extrema relevância para a construção da democracia substancial e para afirmação da cidadania,

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 342.

dado que viabiliza a inclusão e redefinição de sentido dos direitos fundamentais, apresentando-se, nas palavras de Carvalho Neto, “como a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais” requerendo “nova leitura de todo o ordenamento à luz das novas concepções”⁴⁸.

Assim, diante do contexto de internacionalização defende-se que mesmo se observando que alguns direitos estão positivados em tratados internacionais e não na própria Constituição não há empecilho para que sejam considerados com o status de normas constitucionais.⁴⁹ No entanto, apesar de consignar-se com tal entendimento, à luz do diálogo e das conversações entre cortes, o que importa é o reconhecimento da materialidade de tais direitos de modo que se forme entre as cortes soluções para problemas constitucionais comuns. No caso específico veiculado pelo STF, prevaleceu a norma de origem internacional, o que foi mais benéfico para a preservação de direitos fundamentais (a liberdade), evitando-se, assim, a prisão do depositário infiel.

No entanto, em outras situações, o resultado poderia ter sido distinto. Para exemplificar quando a norma internacional poderia ser invocada em detrimento do mandamento constitucional, Neves⁵⁰ (2013, p. 147) discorre a respeito do Tribunal Penal Internacional (TPI), no qual o estado brasileiro aceitou jurisdição. Para tanto, ilustra que enquanto a Constituição da República veda penas de caráter pérpetuo, o Estauto de Roma do TPI as autoriza, desde que em situações de crimes excepcionalmente graves. Nessa situação, questiona-se qual seria a resposta adequada a se dar.

Seguindo o viés internacionalista clássico, teria de se enfrentar o velho debate entre as teorias monista e dualista. A teoria monista, divide-se em internacionalista e nacionalista. A corrente monista internacionalista, cujo principal expoente é Kelsen, sustenta a existência de uma única ordem jurídica na qual há uma primazia do direito internacional na qual a ele se ajustariam todas as ordens internas. Para Kelsen, as ordens jurídicas estatutárias,

[...] podem ser concebidas como delegadas pelo Direito Internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como em uma ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possíveis através do Direito Internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional.⁵¹

⁴⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. In: José Adécio Leite Sampaio. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 154.

⁴⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: MÉTODO, 2018.

⁵⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 147.

⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 347.

A corrente monista nacionalista, por sua vez defende a primazia do direito interno em relação ao internacional. Já a corrente dualista apregoa a existência de duas ordens jurídicas distintas e independentes. De acordo com essa teoria, para que uma norma internacional seja aplicada na ordem interna de um Estado, este deve primeiramente transformá-la em norma de direito interno, incorporando-a ao seu ordenamento jurídico.

No caso em hipótese, a solução mais adequada parece ser a apontada por Mazzuoli⁵² que destaca que “no que tange ao tema dos ‘direitos humanos’ é possível falar na existência de um monismo internacionalista dialógico”. Ou seja, se é certo que à luz da ordem Jurídica internacional os tratados internacionais sempre prevalecem à ordem jurídica interna (concepção monista internacionalista clássica) não é menos certo que mesmo se tratando dos instrumentos que versam direitos humanos pode haver coexistência e diálogo entre eles e as normas de Direito interno. Em outros termos, no que tange às relações entre os tratados internacionais de direitos humanos e as normas domésticas de determinado Estado, é correto falar num “diálogo das fontes”.

De certo que questões além fronteiras são complexas. Em face dessa complexidade que é uma característica da modernidade, a necessidade em manter diálogos se faz necessária. Assim, não só os diálogos constitucionais e institucionais são maneiras de aprendizado, mas também os diálogos de saberes, mormente diante de questões em torno do multiculturalismo e interculturalidade, por exemplo. Assim, corrobora-se com o entendimento de que

[...]o caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o ‘modelo de articulação’, ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos.⁵³

Desse modo, é a partir da conversação entre cortes e do uso de seus entendimentos que se constroem pontes de transição diante das questões contemporâneas aos temas de direitos fundamentais.⁵⁴ Diante dos casos em que se mostrou que essa abertura pode trazer consequências tão proveitosas,

⁵² **Curso de direito internacional público.** 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 112-114.

⁵³ Ibidem, p. 264.

⁵⁴ Adverte-se que o diálogo entre cortes não é modo de utilizar a legislação e os ensinamentos provindos de outras cortes como forma subterfúgio à norma constitucional. Nesse estudo, defende-se o diálogo a partir da normatividade constitucional e não como estímulo a decisão por conveniência, ao voluntarismo e aos decisionismos.

quanto gravosas⁵⁵, a melhor alternativa para tais questões é que as cortes se orientem através da cláusula interpretativa *pro homine*.⁵⁶ Isto é, deve-se dar prioridade à interpretação da norma que amplia a proteção de direitos fundamentais do indivíduo.

CONCLUSÃO

Este trabalho discutiu como a nova realidade mundial, influenciada por movimentos como a globalização e a integração regional, impõem aos Estados uma nova maneira de se comportar não só perante a sociedade internacional, mas também na construção de sua ordem jurídica interna. Demonstrou-se que a ideia de problemas juridicamente semelhantes é, sem dúvidas, um fator que leva aos Estados a utilizarem de sua soberania para cooperarem em torno de uma questão que a todos importa, tais como questões de direitos humanos e de meio ambiente.

A ideia de cláusula de abertura constitucional, conforme prevê a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 5º, § 2º é uma alternativa para viabilizar a internacionalização do direito para o Brasil. No entanto, a mesma cláusula que pode ampliar o rol de proteção à direitos fundamentais, também pode restringi-los. Na solução de tal conflito, este trabalho propôs a adoção da cláusula de interpretação *pro homine*, conhecida principalmente no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Por meio desse critério somente ingressariam para o âmbito do direito constitucional, as normas oriundas que mais favorecessem a proteção de direitos individuais da pessoa humana.

Para se demonstrar que o diálogo entre cortes e a conversação de normas pode trazer benefícios para evolução do direito e maior proteção de direitos fundamentais utilizou-se da ideia de racionalidade transversal. A partir desse raciocínio, demonstrou-se que a ideia de cooperação e fraternidade, são fundamentos idôneos na construção da internacionalização do direito no ordenamento jurídico estatal.

Por fim, percebeu-se que dentre as três teorias analisadas, o transconstitucionalismo traz uma abordagem mais adequada para o fim proposto na medida em que estimula o diálogo entre cortes, a cooperação recíproca na construção dos saberes em torno desses problemas comuns e não se restringe

⁵⁵ Por proveitosas entendem-se as soluções que são mais efetivas na proteção de direitos fundamentais. Por gravosas, aquelas que prejudicam tal proteção.

⁵⁶ Dentre outros, ver: PINTO, Monica. El principio 'pro homine'. Criterios de hermenéutica y pautas para La regulación de los derechos humanos. In: **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales**: Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales- Editorial del Puerto, 1997.

apenas a ordens constitucionais. Propôs-se um diálogo a partir de diversas ordens, como entre tribunais regionais, nacionais e internacionais.

A problemática aqui desenvolvida levou em consideração os desafios para a implementação do diálogo de cortes no Brasil apontando algumas soluções com base em trabalhos desenvolvidos por autores que postulam o desenvolvimento da racionalidade transversal como meio apto a satisfazer um debate constitucional, plural e dialógico. Nessa toada, apesar das limitações, percebe-se que a internacionalização do direito é uma realidade cujo desenvolvimento a cada dia se intensifica e o diálogo de cortes é um meio para impulsionar tais transformações.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.
- BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política I**. Brasília: Universidade de Brasília, 1. ed., 1998.
- CALÇADO, Gustavo. **Constitucionalismo: crise ou transição?**. Uberaba: W/s Editora e gráfica, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. “Brancosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.
- _____. ; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. In: José Adécio Leite Sampaio. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Juspodivm: Salvador, 2017.
- HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, 1998.
- MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade**: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: MÉTODO, 2018.
- _____. **Curso de direito internacional público**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de informação legislativa**, 2014, v. 51, n. 201, p. 193-214.
- _____. **Marcelo Neves e o transconstitucionalismo**. Os Constitucionalistas. Entrevista concedida em 02 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-e-o-transconstitucionalismo>>. Acesso em 07 jul. 2018.
- _____. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, 2014, n.93, p. 201-232.

- _____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **A convenção sobre diversidade biológica e o princípio da soberania**. Curitiba: CRV, 2016.
- PINTO, Monica. El principio 'pro homine'. Criterios de hermenéutica y pautas para La regulación de los derechos humanos. In: **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales**: Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales- Editorial del Puerto, 1997.
- RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 159-174.
- SARAIVA, José Flávio Sombra. **História das relações internacionais contemporâneas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais?. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>>. Acesso em 22 mar. 2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Constituição, Estado Constitucional e paradoxo: centro de controle e direção de uma sociedade policêntrica. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Edição especial 2008.
- VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Tese (Livre-docência em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 606 p. 2012.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 19-43.

CAPÍTULO 4

O *BLOCKCHAIN* E O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO PREVISTO NO *GENERAL DATA PROTECTION REGULATION*: UM POSSÍVEL PROBLEMA DE INCOMPATIBILIDADE TÉCNICA

*Maurício Antonio Tamer
Caio César de Oliveira*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A tecnologia do *blockchain*: uma compreensão necessária 2. Direito ao esquecimento: conceito e sua previsão no *General Data Protection Regulation*. 3. O possível problema de incompatibilidade técnica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No âmbito das inovações tecnológicas, é possível afirmar que a tecnologia do *blockchain* é a mais relevante dos últimos tempos, e sua aplicação vai muito além das criptomoedas e serviços financeiros, uma vez que tal tecnologia pode ser utilizada para o registro de contratos, para a criação de identidades virtuais, dispositivos inteligentes, etc.

Por seu turno, no que se refere à inovação legislativa, infere-se que a nova regulamentação de proteção de dados da União Europeia, a *General Data Protection Regulation* (GDPR), apresenta relevantes disposições sobre o tratamento de dados pessoais, dentre as quais há a previsão expressa de um direito ao apagamento de dados.

Nesse prisma, um dos desafios da dogmática jurídica é regular as relações sociais de forma segura e justa, a fim de harmonizar os anseios e vontades da sociedade. Entretanto, sabe-se também que o direito não pode ser uma camisa de força para impedir o avanço das novas tecnologias que, não raro, responsáveis por incontáveis progressos sociais e econômicos.

Nesse prisma, o presente artigo busca analisar de forma sucinta o debate existente entre a possível incompatibilidade técnica entre a tecnologia do *blockchain* e o chamado direito ao esquecimento. Assim, no primeiro capítulo compreenderemos o que é tecnologia do *blockchain*, posteriormente, no segundo

capítulo, será abordado o direito ao esquecimento e sua previsão no GDPR, para ao final, ser abordada a problemática de uma possível incompatibilidade técnica entre os referidos temas.

Conforme se analisará a seguir, a tecnologia inovadora do *blockchain* possibilita o registro de informações de forma descentralizada e permanente, ao passo que o apagamento de dados, mostra-se, em um primeiro momento, incompatível com tal tecnologia.

Por fim, cumpre alertar que o presente artigo, elaborado no primeiro mês de vigência da GDPR, não possui a pretensão de esgotar o tema analisado. Mas sim, pretende-se com a presente análise lançar luzes iniciais a respeito do tema afim de que o debate venha a lume e seja oportunamente alvo de novas discussões e aprofundado pela academia.

1. A TECNOLOGIA DO *BLOCKCHAIN*: UMA COMPREENSÃO NECESSÁRIA

Como abordado na introdução, o entendimento do possível problema de incompatibilidade técnica passa necessariamente pela compreensão de como se desenvolve a tecnologia do *blockchain*. Para se pensar na possibilidade de se aplicar plenamente as normas de direito ao esquecimento, sobretudo aquelas previstas no GDPR, é imprescindível apreender as características dessa tecnologia. É um ponto de partida fundamental, principalmente pela peculiaridade do tema e pela certa escassez de textos jurídicos a respeito.

Muito bem. O que é o mecanismo do *blockchain*¹? Em tradução livre, o termo em inglês *blockchain* significa *cadeia de blocos*, ideia que representa grande

¹ *Blockchain* tem sido considerado a nova revolução tecnológica: “One model of understanding the modern world is through computing paradigms, with a new paradigm arising on the order of one per decade. First, there were the mainframe and PC (personal computer) paradigms, and then the Internet revolutionized everything. Mobile and social networking was the most recent paradigm. The current emerging paradigm for this decade could be the connected world of computing relying on blockchain cryptography. [...] The economy that the blockchain enables is not merely the movement of money, however; it is the transfer of information and the effective allocation of resources that money has enabled in the human – and corporate-scale economy.” (SWAN, Melanie. *Blockchain*. Sebastopol : O’Reilly Media, Inc., 2015, Preface XI).

² “O blockchain, muitas vezes descrito como um “livro-razão distribuído”, é um protocolo seguro no qual uma rede de computadores verifica de forma coletiva uma transação antes de registrá-la e aprová-la. A tecnologia que sustenta o blockchain cria confiança, permitindo que pessoas que não o conhecem (e, portanto, não têm nenhuma base subjacente de confiança) colaborem sem ter de passar por uma autoridade central neutra – ou seja, um depositário ou livro contábil central. Em essência, o blockchain é um livro contábil compartilhado, programável, criptograficamente seguro e, portanto, confiável; ele não é controlado por nenhum usuário único, mas pode ser inspecionado por todos. Se, agora, a tecnologia do blockchain registra transações financeiras feitas com moedas digitais, futuramente ele servirá para registrar coisas bem diferentes como nascimentos e óbitos, título de propriedade, certidões de casamento,

parte de sua essência estrutural. *Blockchain* pode ser compreendido como uma rede descentralizada de terminais eletrônicos, na grande maioria computadores, distribuídos ao redor do mundo e interligados pela internet. É assim uma rede *peer-to-peer*³, em que cada usuário de forma voluntária disponibiliza seu dispositivo em prol dessa *malha descentralizada de dispositivos*. Cada dispositivo representa, portanto, a imagem de um *nó* ou um ponto de intersecção da rede.⁴

Diferentemente do que pode ser chamada, para fins desse trabalho, de *forma tradicional de armazenamento eletrônico de informações*, onde tais dados são salvos e armazenados em dispositivos ou servidores centralizados (mesmo os serviços de *cloud* ou nuvem são assim⁵), todas as informações armazenadas ou transmitidas nessa rede (dados) não estão concentradas em um único dispositivo ou servidor, mas de forma compartilhada por todos e em todos dispositivos. E mais, cada um dos dispositivos ou *nó* dessa malha tem toda a cópia integral do *blockchain*.

Exemplifica-se. Se você leitor, edita um arquivo de texto em seu computador, os dados a ele atrelados ficarão armazenados no próprio HD de sua máquina, em um lugar só. Ou, você pode transferi-lo ou copiá-lo para um *pen-drive*, ou ainda, salvá-lo em um e-mail ou em algum serviço de nuvem, como os fornecidos pelas empresas Apple, Google e Microsoft. Nesses casos, os dados continuam registrados e salvos de forma centralizada seja em um dispositivo ou nos servidores de tais provedores de aplicação.⁶

diplomas escolares, pedidos às seguradoras, procedimentos médicos e votos – essencialmente, quaisquer tipos de transações que podem ser transformadas em códigos.” (SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*, São Paulo: Edipro, 2018, p. 27-28).

³ A principal característica das redes *peer-to-peer* é a de que cada um dos dispositivos conectados nessa rede descentralizada é ao mesmo tempo um cliente ou receptor da informação como um servidor da rede. Cada dispositivo, portanto, exerce essa dupla função. Difere da rede mais comum em que há um servidor concentrando a emissão da informação e todos os demais dispositivos a ele conectados apenas funcionam como clientes ou receptores dessa informação ou mensagem eletrônica.

⁴ “A blockchain is a distributed computing architecture where a computer is called a node if they are participating in the blockchain network. Every node has full knowledge of all the transactions that have occurred, information is shared. Transactions are grouped into blocks that are successively added to the distributed database. Only one block at a time can be added, and for a new block to be added it has to contain a mathematical proof that verifies that it follows in sequence from the previous block. The blocks are thus connected to each other in a chronological order.” (BERGQUIST, Jonatan H.. *Blockchain technology and smart contracts: Privacy-preserving tools*. 2017. 62 f. Dissertação (Mestrado), Uppsala Universitet, Uppsala, 2017, p. 11. Disponível em: <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1107612/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

⁵ Na *computação de nuvem* ou *cloud computing* o armazenamento das informações não se dá no dispositivo do próprio usuário, mas nos servidores da empresa que presta o serviço, como Apple, Google e Microsoft. A ideia da *nuvem* é que essas informações são acessadas, mediante internet, de qualquer lugar. O usuário usa seu dispositivo, acessa à internet e recebe as informações armazenadas no servidor dos provedores. Ainda assim o armazenamento é concentrado.

⁶ *Provedor de aplicação* é qualquer provedor ou empresa que disponibilize alguma funcionalidade ao usuário já conectado à internet. Como bem define Rony Vainzof “qualquer serviço de Internet, excluindo os provedores backbones e os provedores de conexão ou de acesso, seja pago, gratuito ou

No *blockchain*, de maneira diferente, o armazenamento das informações se dá de forma descentralizada, ou seja, o arquivo, a transcrição ou a transação realizada é registrada em *toda a rede*. Significa que o armazenamento se dá de forma pública e que cada terminal integrante dessa grande rede ou malha pode acessar imediatamente as informações armazenadas? Exatamente, cada dispositivo, como dito, tem uma cópia fidedigna e validada das informações de todo *blockchain*; funciona como um grande livro-razão de registro eletrônico de informações.⁷

Além do armazenamento distribuído, o desenvolvimento ou a construção do *blockchain* se dá em blocos sequenciais ou em cadeia. Uma *corrente de vários elos*. É dessa característica estrutural que surge o nome da tecnologia. E mais. Essa cadeia não é apenas uma questão de forma, mas também de formatação e segurança do conteúdo nela contido.

Explica-se. O segundo bloco contém a informação do primeiro e do segundo bloco. O terceiro bloco contém a informação do terceiro, mas também do primeiro e do segundo blocos. O quarto bloco, por sua vez, contém sua própria informação e a dos outros três anteriores, e assim sucessivamente. Cada próximo bloco de informações é criado a partir e com base em todas as informações da cadeia de blocos anteriores e além disso confere validade a todas as informações anteriores.

Assim, ilustrativamente a compreensão do *blockchain* se dá a partir de duas imagens (i) uma primeira de *perspectiva vertical* ou *sequencial* de que há uma cadeia de blocos de informação em que cada bloco contém sua informação e de todos anteriores e (ii) uma segunda de *perspectiva horizontal* ou *distributiva* de que o *blockchain* está em uma malha descentralizada de dispositivos, em que cada dispositivo tem uma cópia fidedigna da cadeia de blocos.

Significa dizer que para apagar ou alterar uma informação presente em algum dos blocos é necessário alterar todos os demais, mas não só. Como o armazenamento se dá em malha descentralizada e cada um dos dispositivos ou *nós* dessa malha contém uma cópia simultânea e fidedigna, qualquer alte-

filantrópico, como redes sociais, portais de conteúdo, contas de e-mail, mensagens instantâneas e demais aplicativos, podem ser considerados como de aplicações de Internet" (VAINZOF, Rony. Responsabilidade por danos decorrentes de conteúdos gerado por terceiros *In DEL MASSO, Fabiano. ABRUSIO, Juliana. FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio [Coord.] Marco Civil da Internet Lei 12.965/2014*, São Paulo : RT, 2014, p. 189).

⁷ "The *blockchain* is the public ledger of all Bitcoin transactions that ever been executed. It is constantly growing as miners add new blocks to it (every 10 minutes) to record the most recent transactions. The blocks are added to the *blockchain* in a linear, chronological order. Each full node (i.e. every computer connected to the Bitcoin network using a client that performs the task of validating transactions) has a copy of the *blockchain*, which is downloaded automatically when the miner joins the Bitcoin network." (SWAN, Melanie. *Blockchain*. Sebastopol : O'Reilly Media, Inc., 2015 2015, Preface X).

ração em qualquer um dos blocos precisa ser *validada tecnicamente por todos os dispositivos da malha*.

Isso por um lado confere segurança ao sistema, pois é inefetivo um ataque em um só dos dispositivos, diferente da forma *tradicional* de armazenamento, e também afasta o risco de gasto-duplo da criptomoeda como será explicado na sequência. Para alguém vulnerabilizar o sistema, por exemplo, teria de ter a força técnica para *destruir* toda a rede descentralizada. Por outro lado, apresenta talvez o maior entrave técnico à aplicabilidade das normas que asseguram o direito ao esquecimento: como proceder com a *deleção* das informações que precisam ser esquecidas?

Com toda essa estrutura descentralizada pública, de multiplicidade de cópias fidedignas e caracterizada pela criptografia⁸⁻⁹, inserida uma informação no *blockchain* ela não pode ser mais alterada, o que assegura sua validade e a confiabilidade de todo sistema, salvo de alguém tivesse condições técnicas de vulnerabilizar toda rede ou se a internet não mais existir no globo, situações praticamente impossíveis.

Mas mais uma vez se provoca: como apagar as informações que devem ser esquecidas? Esse é o problema que se levanta nesse trabalho.

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONCEITO E SUA PREVISÃO NO *GENERAL DATA PROTECTION REGULATION*

De início, cumpre observar que os debates a respeito do direito ao esquecimento não são novos. Isso porque, tal discussão remonta ao famoso artigo escrito por Warren e Brandeis de 1890, no qual se defende que as questões afetas à privacidade são tão antigas quanto a própria humanidade¹⁰.

⁸ O termo *criptografia* surge da junção etimológica dos termos gregos *kryptós* (escondido) e *gráphēin* (escrita) e significa o estudo de técnicas pelas quais a informação pode ser transformada de sua forma original para uma forma ilegível, de modo que apenas o emissor da mensagem e o receptor da mensagem que compreendem a técnica de transformação possam saber seu conteúdo. Na informática e principalmente no *blockchain* essas transformações são feitas pela técnica de chaves privadas e públicas, mediante altas performances computacionais.

⁹ “Cada blockchain, como o que usa Bitcoin, é *distribuído*: ele é executado em computadores fornecidos por voluntários ao redor do mundo; não há nenhuma base de dados central para hackear. O blockchain é *público*: qualquer pessoa pode vê-lo a qualquer momento, pois reside na rede e não dentro de uma única instituição encarregada de operações de auditoria e manutenção de registros. E é *criptografado*: ele usa criptografia pesada, envolvendo chaves públicas e privadas (semelhante ao sistema de duas chaves para acessar um caixa forte) para manter a segurança virtual.”. (TAPSCOTT, Don. TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution : como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*, São Paulo : SENAI-SP Editora, 2016, p. 36-37).

¹⁰ WARREN, D. Samuel; BRANDEIS, Louis D. The right to Privacy. *Harvard Law Review*, 1890.

Já naquela época, preocupava-se a doutrina Norte Americana com uma faceta da privacidade conhecida como o “direito de ser deixado em paz” (*right to be let alone*), a qual carecia de tratamento específico, tanto na legislação quanto na jurisprudência. À época, as ameaças a esse direito provinham, principalmente, de algumas recentes invenções mecânicas, como a máquina fotográfica instantânea, ou da mudança de hábitos sociais, que propiciaram a proliferação dos jornais sensacionalistas.

Por seu turno, o então chamado “direito ao esquecimento” teve aplicação histórica no âmbito criminal e como exemplo de sua tutela é possível citar o “caso Lebach” de 1969, em que o Tribunal Constitucional Alemão analisou o caso que envolvia uma emissora de TV alemã que foi proibida de exibir um documentário em que seria reconstituída a história de um ex-prisioneiro condenado a seis anos de reclusão pela participação na morte de soldados alemães na cidade de Lebach, e que já havia cumprido integralmente a sua pena.

Na ocasião, a empresa de comunicação pretendia divulgar um documentário a respeito do crime justamente na época de soltura do prisioneiro, o que importaria no restabelecimento de toda a comoção social havida no momento do assassinato dos soldados alemães.

O Tribunal Constitucional Alemão acabou por consagrar o entendimento no sentido de que a proteção constitucional da personalidade e seus corolários imediatos, impossibilitaria que os meios de comunicação de se dedicarem à exploração infinita de aspectos atinentes à vida privada de terceiros. Assim, entendeu-se, naquela oportunidade, que a reconstituição televisiva do ilícito criminal, exporia o acusado a danos injustos, haja vista o cumprimento da pena que lhe foi imposta, pela autoria de conduta, social e juridicamente reprovável, tendo, assim, consagrado um possível direito ao esquecimento¹¹.

Passados vários anos, a internet reacendeu as discussões a respeito da privacidade em virtude de sua ‘memória imperdoável’ que facilmente recupera o passado. Atualmente, informações, dados e notícias que seriam facilmente esquecidas com o mero transcurso do tempo, podem ser eternamente lembradas com poucos cliques.

Nesse prisma, o tema voltou a ser alvo de grande debate em 2014, quando o Sr. Mario Costeja González, ajuizou uma ação contra o Google Spain e o jornal La Vanguardia a fim de que um *link* que aparecia como resultado de uma pesquisa realizada em seu motor de busca fosse excluído da ferramenta de busca do site. Isto porque o *link* levava a uma notícia de que no fim dos anos 1990 um imóvel de propriedade do Sr. Mario Costeja González teria sido levado a leilão para fins de pagamento de dívidas de seu proprietário para com

¹¹ FERRAZ, José Eduardo Junqueria; VIOLA, Mario. *O direito ao esquecimento*. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/publicacoes/o-direito-ao-esquecimento/> Acesso em 27.05.2018.

a Previdência Social espanhola. Porém, o débito havia sido quitado sem que o bem fosse vendido judicialmente.

Nesse caso, que jamais será esquecido, o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou a remoção das informações relativas a tal débito, atreladas ao nome do autor do pleito, uma vez que as informações não se mostravam de interesse público. Entendeu-se, naquela oportunidade, que tanto a natureza dos dados, relativos à venda em hasta pública de um imóvel, com vista ao resgate judicial de dívida para com a Seguridade Social, quanto a sua longevidade, justificariam a desindexação pleiteada.

Proferida tal decisão, o Google decidiu criar um formulário para receber pedidos de desindexação de conteúdos de forma extrajudicial no âmbito europeu e, segundo o relatório apresentado pela empresa, foram recebidos milhares de pedidos em poucos dias¹².

Assim, o direito ao esquecimento pode ser conceituado como “um direito a não ser constantemente perseguido por fatos do passado, que já não mais refletem a identidade atual daquela pessoa. O direito ao esquecimento é, assim, essencialmente um direito contra uma recordação opressiva de fatos que podem minar a capacidade do ser humano de evoluir e se modificar”¹³.

Parte da doutrina entende como legítimo o pleito para a remoção de conteúdo que envolve fatos capazes de causar dano à direitos de personalidade de seu titular, nos casos em que, após determinado lapso temporal, a informação não tenha interesse histórico ou público.

Nesse contexto, e ainda alvo de controvérsia, o direito ao esquecimento se encontra previsto no artigo 17 do GDPR – *General Data Protection Regulation*, assim como nas consideradas 65 e 66 da referida norma, a qual dispõe que o titular dos dados poderá obter do responsável pelo tratamento dos dados, sem demora justificada, o apagamento dos dados se: (i) os dados deixarem de ser necessários para a finalidade que motivou o tratamento; (ii) o titular retirar o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados; (iii) o titular opõe-se ao tratamento dos dados; (iv) os dados pessoais foram tratados de forma ilícita; e (v) os dados pessoais têm de ser apagados em virtude de uma obrigação jurídica.

O próprio artigo 17, 3, do GDPR elenca os limites de aplicação do direito ao esquecimento, e as hipóteses em que tal tutela poderá ser mitigada, dentre

¹² A esse respeito, recomenda-se a leitura do relatório intitulado “*Three years of the Right to be Forgotten*” publicado pelo Google, no qual consta a informação de que a companhia recebeu aproximadamente 2,4 milhões de pedidos de remoção de conteúdos entre os anos de 2014 e 2017: <https://drive.google.com/file/d/1H4MKNwf5MgeztG7OnJRnl3ym3gIT3HUK/view>

¹³ SCHREIBER, Anderson. *Nossa Ordem jurídica não admite proprietários de passado*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-admitem-proprietarios-passado> Acesso em 27.05.2018.

as quais destaca-se (i) o exercício da liberdade de expressão e informação; (ii) o cumprimento de obrigação legal; (iii) a existência de interesse público; (iv) para fins de saúde pública; (v) para fins de arquivo público, investigação científica e histórica, fins estatísticos, e (vi) para a declaração de declaração, exercício ou defesa num processo judicial.

Os contornos e limites apresentados para o exercício e para a limitação do direito ao apagamento dos dados ainda são muito fluídos. De modo que caberá a análise do caso concreto para que se possa verificar, por meio da ponderação de princípios, o que deverá prevalecer: o direito à liberdade de informação e expressão ou o direito de personalidade eventualmente violado.

Nota-se que a noção de direito ao esquecimento foi ampliada pelo GDPR, uma vez que além de prever expressamente tal direito, a ideia de um “direito ao apagamento de dados” integra um grande *guarda-chuva* para as hipóteses de atualização cadastral e remoção de consentimento para o tratamento de dados.

Cumpre destacar que, até o momento, o Brasil não possui uma lei que regulamente o direito ao esquecimento. Recentemente foi aprovado o enunciado número 531 do Conselho de Justiça Federal¹⁴, o qual prevê que tal direito é inerente à tutela da dignidade da pessoa humana, assim como, verifica-se a aplicação do direito ao esquecimento nos Tribunais brasileiros¹⁵, mas ainda pairam dúvidas e incertezas a respeito da aplicação e dos limites desse direito.

Superada essa noção preliminar a respeito dos temas, volta-se ao questionamento inicial a respeito da possível incompatibilidade técnica existente entre a tecnologia do *blockchain* e o direito ao apagamento de dados previsto na GDPR.

3. O POSSÍVEL PROBLEMA DE INCOMPATIBILIDADE TÉCNICA

Compreendido o funcionamento da tecnologia do *blockchain*, assim como, verificada a previsão legal de apagamento dados no GDPR, questiona-se: como harmonizar o direito ao apagamento de dados com tal tecnologia? Essa indagação é genuína e tem despertado a inquietação de diversos empresários, juristas

¹⁴ O enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal prevê que: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”

¹⁵ O STJ proferiu, duas decisões emblemáticas a respeito da matéria: (i) o episódio da Chacina da Canadela (REsp 1.334.097/RJ); (ii) o caso Aída Curi, (REsp 1.335.153/RJ), ambos de relatoria do ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, sendo certo que, no primeiro caso, foi reconhecido o direito à compensação por danos morais, o que fez a Rede Globo recorrer ao Supremo contra decisão (ARE 789.246). Já no segundo caso, o STJ negou a indenização, o que deu azo ao ARE 833.248, recebido com repercussão geral pelo STF, que em breve será julgado pela Suprema Corte. Recentemente, o STJ determinou que fossem desindexados de provedores de busca os resultados de pesquisa que apontassem para uma suposta fraude em concurso para a magistratura (REsp 1.660.168).

e pesquisadores, pois conforme visto anteriormente, uma das principais características do *blockchain* é o seu registro descentralizado e a imutabilidade dos registros gravados nos blocos, características que não se mostram compatíveis com o direito ao esquecimento. Como apagar o que é imutável?

Como o registro na *blockchain* pode ser utilizado para diversas finalidades, é fácil imaginar momentos em que um indivíduo pode desejar que os seus dados pessoais gravados na plataforma não sejam mais mantidos. No entanto, para realizar o apagamento dos dados, vários nós da rede teriam que trabalhar juntos para reconstruir o *blockchain* antes que os dados fossem adicionados, o que não é tarefa fácil – para não dizer impossível. Seja do ponto de vista da difícil conjunção de vontades dos participantes, seja pela ótica da dificuldade técnica em razão da necessária força computacional equivalente.

A exemplo da problematização que se coloca, recentemente pesquisadores alemães localizaram pornografia infantil gravada em um bloco de determinada *blockchain*¹⁶. Nesse caso, como será possível garantir o direito ao pagamento dos dados com tal tecnologia imutável?

E mais. O Regulamento Europeu prevê em seu artigo 83 que o descumprimento das obrigações previstas na legislação poderá dar azo à multa no valor de até 20 milhões de Euros ou 4% do faturamento líquido da empresa. Nesse cenário, como então garantir e incentivar o desenvolvimento de tal tecnologia, que pode representar grandes avanços para a sociedade, sem sofrer os impactos de uma possível multa nos casos em que não se mostrar possível a remoção de dados pessoais da *blockchain*?

Um modo de minimizar os riscos apresentado por pesquisadores¹⁷ pode ser o uso do *blockchain* para fornecer apenas um registro de data e hora para informações armazenadas em outro lugar - por exemplo, em um site. Assim, se o conteúdo precisar ser removido, dessa forma, o exercício do direito ao esquecimento seria facilmente efetivado.

Como exemplo, imaginemos que o vídeo contendo pornografia infantil tenha sido veiculado no YouTutbe e, posteriormente, o *link* para tal vídeo tenha sido registrado na *blockchain*. Para efetivar a remoção bastaria que o vídeo fosse deletado do YouTube, pois, uma vez removida a fonte original, o bloco conteria apenas o registro da existência daquele *link*, mas sem a possibilidade de veiculação do vídeo, uma vez que a fonte original da informação terá sido removida.

Outra opção para possibilitar o apagamento de dados está na remoção de credenciais e acessos do *blockchain* para que as informações contidas fiquem

¹⁶ A esse respeito, veja-se: <https://fc18.ifca.ai/preproceedings/6.pdf> - Acesso em 27.05.2018.

¹⁷ Veja o estudo realizado por Michèle Finck: *Blockchains and Data Protection in the European Union*. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-01. 32 Pages Posted: 6 Dec 2017 Last revised: 7 Feb 2018.

inacessíveis para qualquer um. No entanto, outros estudos demonstram que essas credenciais podem ser recuperadas por métodos tecnológicos como “força bruta” ou outras formas de recuperação.

Além da durabilidade dos dados, a *blockchain* possui uma outra característica importante: a ausência de uma autoridade central. Esta característica, no entanto, é claramente contrária à ideia básica do GDPR: o controlador ou processador de dados pessoais deve ser indiscutível e sempre conhecido, enquanto a pessoa cujos dados pessoais estão sendo processados deve ser dada, em todos os momentos, a possibilidade de pleitear o apagamento de seus dados para um operador ou processador conhecido.

Assim, a última, e menos agradável opção vislumbrada até o momento, seria criar um novo sistema de *blockchain editável*, que permita que um ou mais administradores designados reescrevam ou alterem blocos de dados. Tal solução se apresenta como desagradável, uma vez que uma das principais características da tecnologia seria mitigada e assim se reduz o valor agregado da tecnologia do *blockchain*, que é justamente aclamada pelo fato de possuir registros gravados de maneira descentralizada e durável.

Infere-se, portanto, que a incompatibilidade técnica existente entre a tecnologia do *blockchain* e o direito ao apagamento dos dados apresenta um real desafio para a sociedade e, em especial, para o sistema jurídico que deverá caminhar lado a lado com o setor tecnológico para repensar as melhores formas para a garantia do direito ao apagamento de dados, sem que isto resulte na aniquilação da inovação trazida pela tecnologia do *blockchain*.

CONCLUSÃO

Como visto, a tecnologia do *blockchain* se caracteriza como uma plataforma de armazenamento distribuído, cujo desenvolvimento se dá em blocos sequenciais ou em cadeia. Uma *corrente de vários elos*. Sua compreensão se dá a partir de duas imagens (i) uma primeira de perspectiva vertical ou sequencial de que há uma cadeia de blocos de informação em que cada bloco contém sua informação e de todos anteriores e (ii) uma segunda de perspectiva horizontal ou distributiva de que o *blockchain* está em uma malha descentralizada de dispositivos, em que cada dispositivo tem uma cópia fidedigna da cadeia de blocos.

Significa dizer que para apagar ou alterar uma informação presente em algum dos blocos é necessário alterar todos os demais, mas não só. Como o armazenamento se dá em malha descentralizada e cada um dos dispositivos ou nós dessa malha contém uma cópia simultânea e fidedigna, qualquer alteração em qualquer um dos blocos precisa ser validada tecnicamente por todos os dispositivos da malha.

E mais, nasce como uma tecnologia de armazenamento imutável, não sendo possível, *a priori*, deletar as informações que nela forem armazenadas. O problema surge então em como compatibilizar tecnicamente essa estrutura com o direito ao esquecimento, se traz em sua semântica jurídica a possível deleção das informações pessoais, se, na ponderação entre os direitos atrelados ao conhecimento e difusão da informação em si e os direitos do interessado em relação às informações em si, concluir-se pela necessidade de apagá-las.

A discussão ganha ainda mais relevância, não só pela consolidação iminente da tecnologia, mas pelo início de vigência da GDPR – *General Data Protection Regulation* na Europa, mas cujas diretrizes servirão de base seja na aplicação extraterritorial, seja na formatação legislativa no Brasil, seja no reconhecimento jurisprudencial dos seus preceitos.

Sem pretensão de esgotar o tema e mais com o intuito de fomentar a discussão acadêmica, que, inclusive, validem ou refutem as soluções aqui aventadas, indica-se como possíveis soluções a preservação em *blockchain* apenas do link de acesso ao conteúdo, de modo que a remoção em sua fonte primária resultaria na ausência do conteúdo também em *blockchain*, pois ali ficaria apenas um *link vazio*, por assim dizer, ou ainda, de forma dificuldade de implementação a configuração de um *blockchain editável*.

Enfim, a conversa sobre o tema ainda é incipiente, de todo modo ela precisa começar e o espaço acadêmico parece ser o mais saudável para tanto.

REFERÊNCIAS

- BERGQUIST, Jonatan H.. *Blockchain technology and smart contracts: Privacy-preserving tools*. 2017. 62 f. Dissertação (Mestrado), Uppsala Universitet, Uppsala, 2017. Disponível em: <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1107612/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.
- BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.
- CORLUKA, Denis; LINDH, Ulrika. *Blockchain: A new technology that will transform the real estate market*. 2017. 73 f. Dissertação (Mestrado), Department Of Real Estate And Construction Management, Royal Institute Of Technology, Stockholm, 2017. Disponível em: <http://kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:1124675/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.
- FERRAZ, José Eduardo Junqueria; VIOLA, Mario. *O direito ao esquecimento*. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/publicacoes/o-direito-ao-esquecimento/> Acesso em: 27.05.2018
- FINCK, Michèle. *Blockchains and Data Protection in the European Union*. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-01. 32 Pages Posted: 6 Dec 2017 Last revised: 7 Feb 2018.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*, São Paulo : Editora Novo Século, 2017.
- PARENTONI, Leonardo Netto. *O direito ao Esquecimento (Right to Oblivion)* In *Direito e Internet III. Marco civil da Internet*, São Paulo : Quartier Latin, 2015.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*, São Paulo : Edipro, 2018.
- SCHREIBER, Anderson. *Nossa Ordem jurídica não admite proprietários de passado*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-admitem-proprietarios-passado>
- SWAN, Melanie. *Blockchain*. Sebastopol : O'Reilly Media, Inc., 2015.

TAPSCOTT, Don. TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution : como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*, São Paulo : SENAI-SP Editora, 2016.

VAINZOF, Rony. Responsabilidade por danos decorrentes de conteúdos gerado por terceiros *In* DEL MAS-SO, Fabiano. ABRUSIO, Juliana. FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio [Coord.] *Marco Civil da Internet Lei 12.965/2014*, São Paulo : RT, 2014.

WARREN, D. Samuel; BRANDEIS, Lous D. The right to Privacy. *Harvard Law Review*, 1890.

CAPÍTULO 5

DIREITO PARA *STARTUPS* NO BRASIL - DESAFIOS JURÍDICOS A SEREM ENFRENTADOS NO CONTEXTO DA INOVAÇÃO

Henrique Rodrigues Lelis
Eloy Pereira Lemos Júnior

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito de *Startup*. 2. Características. 3. Ecossistema. 4. Direito das *Startups* no Brasil. 4.1. Impactos trabalhistas. 5. Impactos sociais e econômicos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito das *Startups* necessariamente se vincula à promoção e incentivo à inovação, uma vez que se referem a direitos relativos ao uso da tecnologia e criatividade para o desenvolvimento de novos produtos e serviços, traduzindo-se em um marco regulatório que reconhece e se adapta às novas formas de organização social, produção e consumo.

O presente estudo visa analisar os aspectos legais, sociais e econômicos relativos ao desenvolvimento das *Startups* no Brasil. Insere-se, neste estudo, uma análise dos conceitos e características das *Startups*, incluindo pontos que a doutrina reconhece como importantes para diferenciar estes modelos de negócios daqueles convencionais.

Em seguida, será realizada uma descrição sobre as principais normas legislativas brasileiras ligadas a este novo modelo de negócio, inovação e direito digital, incluindo uma reflexão sobre a influência deste marco legal na construção do ecossistema empresarial, bem como as mudanças significativas que ele provoca no desenvolvimento dos projetos criativos brasileiros.

Em sua terceira parte, o presente artigo busca refletir sobre os impactos sociais e econômicos deste modelo de negócio no Brasil, incluindo neste contexto a discussão relativa às mudanças nas relações trabalhistas, consumeristas e de gestão que o uso da inovação tecnológica como matéria-prima para o desenvolvimento de novos empreendimentos tem provocado.

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema, como o conceito e características das *Startups*, o arcabouço jurídico que pavimenta a sua regulação e os impactos econômicos e sociais que este modelo de negócios tem provocado no Brasil.

Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. O enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico.

A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

1. CONCEITO DE *STARTUP*

O SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) define o termo *Startup* como sendo a fase inicial que perpassa uma empresa que fez a opção de criar um novo modelo de negócio, influenciando na construção de novos conhecimentos e no desenvolvimento econômico de uma localidade¹.

Neste sentido, *Startup* seria um período pelo qual uma empresa busca o desenvolvimento de um novo produto ou serviço, onde os empreendedores estão testando e remodelando seus projetos, a fim de entregar produtos e serviços que sejam adequados às necessidades do mercado e rentáveis aos empreendedores.

Keila Santos afirma que *Startup* é uma forma de empreendedorismo digital, cujo ramo de atividade busca o desenvolvimento de um modelo de negócio que ofereça produtos ou serviços diferenciados através do meio digital²

Portanto, o papel do empreendedorismo é fundamental para fazer girar a economia do país. No âmbito do empreendedorismo convencional, parece que a concorrência não está ajudando em nada para que novos negócios surjam e se estabeleçam. No entanto, no cenário digital, existe uma infinidade de novas oportunidades que ainda podem ser exploradas, são ideias únicas e inovadoras que podem se tornar investimentos seguros e prósperos³.

¹ SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Como obter financiamento para uma Startup*. Brasília. SEBRAE. 2012. p.5.

² SANTOS, Keila. Empreendedorismo no Brasil. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LOPES, Alan Moreira. *Startups e inovação: Direito no empreendedorismo*. Barueri: Manole. 2017. p.1.

³ SANTOS, Keila. Empreendedorismo no Brasil. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LOPES, Alan Moreira. *Startups e inovação: Direito no empreendedorismo*. Barueri: Manole. 2017. p.3.

Eric Ries, autor e empreendedor no Vale do Silício norte americano, define *Startup* como sendo uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza. Aqui, a palavra inovação é compreendida de forma ampla, abrangendo as descobertas científicas originais, novo uso para as tecnologias já existentes, criação de um novo modelo de negócios que libera um valor que estava oculto ou até mesmo a disponibilização de produtos e serviços já existente em outros locais ainda não atendidos pelo mercado⁴.

A incerteza deve ser compreendida a partir do contexto pelo qual esta inovação acontece. Uma *Startup* não conhece o ambiente no qual está inserindo o seu produto, não tendo nenhum parâmetro para comparar suas ações e estratégias com outros casos de sucesso. Neste quesito, inclui os riscos relativos ao marco regulatório desfavorável a sua inovação que podem onerar ou até mesmo torná-lo inexequível. Assim sendo, suas ações ocorrem pela expertise de seus empreendedores, que devem usar as ferramentas de administração disponíveis, para enfrentar um ambiente onde prognósticos padronizados, estudos relativos a produtos e serviços já existentes e planos de negócios detalhados, não são suficientes para a definição de estratégias de ação

Abrir uma nova empresa, que seja um clone exato de um negócio existente, copiando modelo de negócios, especificação, cliente-alvo e produto, pode até ser um investimento econômico atraente, mas não é uma *Startup*, pois seu sucesso depende somente da execução – tanto que esse sucesso pode ser modelado com grande exatidão. (Eis por que tantas pequenas empresas podem ser financiadas com simples empréstimos bancários; o nível de risco e incerteza são tão bem entendidos que um analista de crédito pode avaliar suas perspectivas futuras.) A maioria das ferramentas da administração geral não são projetadas para florescer no solo adverso da extrema incerteza, no qual as *Startups* vicejam. O futuro é imprevisível, os clientes testemunham um conjunto crescente de alternativas, e o ritmo da mudança está sempre aumentando⁵.

Em um modelo de negócio tradicional, os clientes, a concorrência, as características do produto e os mecanismos de produção já são amplamente conhecidos. Desta forma, a tarefa do empreendedor é executar atividades anteriormente estabelecidas em um plano de negócios voltado a seus interesses. Em uma *Startup*, nenhuma destas características é uma constante, deste modo, o trabalho do empreendedor se traduz em uma pesquisa constante, visando aprender cada vez mais sobre o ambiente desconhecido, em uma constante

⁴ RIES, Eric. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas*. São Paulo: Lua de Papel. São Paulo, 2012. p.26.

⁵ RIES, Eric. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas*. São Paulo: Lua de Papel. São Paulo, 2012. p.27.

busca de adaptação do produto as necessidades de seus clientes. “Elas aprendem com o resultado de cada teste, reelaboram as hipóteses e voltam a pô-las a prova, na busca de um modelo de negócios sustentável e lucrativo” ⁶.

O conceito de *Startup* relaciona-se as possibilidades de crescimento de receita acelerado, escalável, com a manutenção dos custos de produção ou com o seu crescimento de forma lenta. Como consequência, uma *Startup* tem uma capacidade de geração de lucros em uma escala cada vez maior, ampliando seu mercado em uma velocidade que os concorrentes convencionais não conseguem acompanhar⁷.

Desta forma, pautado nas características e elementos aqui elencados, pode-se afirmar que o conceito de *Startup* refere-se aos modelos de negócio cujo o foco seja a inovação, buscando utilizar o conhecimento humano e a tecnologia para o desenvolvimento de novos produtos e serviços, operando em um modelo de produção de baixos custos, repetível e em escala, que, face a suas características, acaba por operar em um ambiente de incertezas.

2. CARACTERÍSTICAS

Startups possuem características peculiares que precisam ser compreendidas para que o debate jurídico ocorra de forma producente.

A característica que mais se destaca neste modelo de negócio é a inovação. *Startups* são empreendimentos que usam a tecnologia e o conhecimento humano como matéria-prima para o desenvolvimento de novos produtos e serviços a serem comercializados em um determinado mercado. Assim, estão sempre criando novos produtos e serviços, buscando novos mercados ou simplesmente mudando seu modelo de negócios, de forma que, sua atividade se torne única, auferindo vantagem competitiva desta originalidade.

Além da inovação, as *Startups* se caracterizam por serem ágeis, pois, ao usarem a inovação como fonte de trabalho, elas estão em constante mutação, o que dá a elas maleabilidade para modificarem seu portfólio. Por outro lado são frágeis, já que são suscetíveis a fracassos, evidenciando uma necessidade de uma série de ações por parte dos *stakeholders* para possibilitar o uso da ideia ou oportunidade em um ambiente de incertezas⁸.

O modelo de negócio de uma *Startup* é escalável e repetível. Sua atividade prevê um crescimento acelerado de comercialização do produto ou serviço

⁶ BLANK, Steve; DORF, Bob. *Startup - Manual do empreendedor - o guia passo a passo para construir uma grande companhia*. Rio de Janeiro: Alta Books, Rio de Janeiro, 2014. p.9.

⁷ CARVALHO, Antonio Oliveira de; RIBEIRO, Ivano; CUNHA, Saionara de Andrade da. Viabilidade de startups: uma proposta de construção de uma escala de fatores dificultadores. *Ágora: revista de divulgação científica*, v. 20, n. 1, pp. 131-153. Mafra. 2015. p.137.

⁸ ALAMZADEH, Aidin; KIRBY, David A. New Venture Creation: How Start-ups Grow? *AD-minister*. n.30, pp.9-29. Medellín. 2017. p.9.

que cresce de forma exponencial, acessando mercados cada vez maiores, sem exigir aumentos proporcionais dos recursos humanos e financeiros. Desta forma, *Startups* conseguem atingir novos mercados, aumentando a capacidade de oferta de seus produtos e serviços, acelerando sua receita, mantendo-se estáveis os custos de manutenção, tendo como resultado um aumento dos lucros. “Um negócio repetível e escalável é aquele que consegue crescer rapidamente em receitas mantendo uma estrutura de custos enxuta”⁹.

Startups são flexíveis, seu modelo de gestão está sempre em constante mudança, visando adaptar seus produtos e serviços às novas demandas do mercado e ao ambiente de negócios. Os processos de produção, suas atividades e o tipo de qualificação da mão de obra, alteram-se de forma muito rápida, em razão da natural instabilidade do empreendimento.

Por último, o principal ativo de uma *Startup* são os recursos humanos. Por utilizarem o conhecimento humano e a tecnologia como matéria prima para o desenvolvimento de sua atividade, a parte intangível de seu negócio, e da qual se agrega maior valor, advém dos recursos humanos ligados a ela. Por esta razão, *Startups* dependem de um ambiente onde a oferta de mão de obra qualificada seja abundante, bem como, elas próprias concentram esforços no sentido de manter e atraí novos talentos para seus quadros.

Empresas de tecnologias investem maciçamente na seleção e qualificação de sua mão de obra, além de manterem centros de pesquisa e desenvolvimentos em parcerias com centros universitários, visando à obtenção de seu principal ativo, qual seja, o talento humano

Atualmente, Microsoft, Intel Google, Amazon etc. Financiam de alguma forma de pesquisa de IA na UW. Assim, por exemplo, o departamento de ciência da computação da UM recorreu à Amazon quando quis “roubar” o brasileiro Carlos Guestrin, um especialista em IA, da Universidade Carnegie Mellon, que também é especializada em ciência e tecnologia. A Amazon, gigante norte americana de comércio eletrônico, colocou à disposição uma verba de US\$ 2 milhões de dólares para financiar a contratação de dois professores: Carlos Guestrin e sua esposa, que também trabalha na área. Para fechar o negócio, o diretor-presidente da Amazon, Jeff Bezos, reuni-se com o casal durante uma visita à universidade em que trabalhavam juntos¹⁰.

Face estas características, o modelo de organização gerencial e o marco regulatório precisam ser adequados a esta realidade, incluindo inves-

⁹ NARDES, Felipe Bruno Souza; ROCHA MIRANDA, Roberto Campos da. Lean Startup e Canvas: uma proposta de metodologia para startups. *Revista Brasileira de Administração Científica*. v. 5, n. 3, pp. 252-272. Aracaju. 2014.p.255.

¹⁰ MIRSHAWKA, Victor. *Economia Criativa: Fontes de novos empregos*. vol. 1. São Paulo: DVS Editora. 2016. p.210.

timentos em educação para gestão empresarial, adaptação da legislação trabalhista, civil e tributária a flexibilidade, bem como a burocracia da administração pública

Os empreendedores criativos e as pessoas Just-in-time se congregam naturalmente em organismos ad hoc (finalidade específica) temporários com o único propósito de atender um objetivo particular de curto prazo. Uma empresa temporária é uma empresa “minimalista”, concentrando-se nos ingredientes brutos do trabalho: objetivo, pessoas e “trabalho encarado como coisas a serem feitas”. Seu tempo de vida geralmente é inferior a um ano. Isto se adéqua bem ao trabalho pós-emprego fixo, pós-industrial, já que os trabalhadores podem deter mais facilmente a propriedade de suas qualificações e o próprio capital intelectual. Uma empresa temporária fornece a estrutura social, intelectual e gerencial para administrar um processo criativo¹¹.

3. ECOSISTEMA

Por usarem a inovação como matéria prima para o desenvolvimento de seus negócios, *Startups* são muito influenciadas, negativamente ou positivamente, por fatores externos a sua própria organização. Tem-se como fato que, *Startups* precisam que seus *Stakeholders* operem de forma interativa, dinâmica e pró-ativa, o que, à administração denomina como “Ecossistema empresarial”.

Boyd Cohen conceitua o ecossistema empresarial como sendo um conjunto de atores diversificados, interdependentes e dinâmicos de uma região geográfica que influenciam em uma eventual trajetória de um empreendimento, do próprio grupo de atores e da economia local como um todo¹². Dentro desta perspectiva, o ecossistema empresarial seria concebido a partir dos seguintes atores: Políticas públicas, cultura, financiamento, suporte, capital humano e mercado¹³.

As políticas públicas dizem respeito ao papel do governo neste processo. A ele cabe a incumbência de pautar suas ações de forma a promover a criação e o desenvolvimento das *Startups* em seu território, a criação de políticas ligadas a educação para formação de mão de obra capacitada ao desenvolvimento do setor, investimentos em infraestrutura e, principalmente, manutenção de um marco regulatório favorável ao desenvolvimento de *Startups*, não apenas no

¹¹ MIRSHAWKA, Victor. *Economia Criativa: Fontes de novos empregos*. vol. 1. São Paulo: DVS Editora. 2016. p.118.

¹² COHEN, Boyd. Sustainable valley entrepreneurial ecosystems. *Business Strategy and the Environment*. v. 15, n. 1, p. 1-14. Indianapolis. 2006. p. 2.

¹³ ISENBERG, Daniel. *The entrepreneurship ecosystem strategy as a new paradigm for economic policy: Principles for cultivating entrepreneurship*. Presentation at the Institute of International and European Affairs. Dublin. 2011. p. 7.

sentido de permitir seu funcionamento, mas especialmente, quanto a não criar obstáculos ao seus negócios¹⁴.

Uma cultura ligada ao empreendedorismo deve destacar a importância do trabalho no desenvolvimento de uma sociedade, valorizando e promovendo à autonomia do indivíduo por meio de seu próprio esforço individual. Neste sentido, deve-se levar em conta a necessidade de mensuração das possíveis falhas no decurso deste processo, pois, em um ambiente de empreendedorismo, deve-se ter em mente que muitas das iniciativas não terão sucesso, o que não significa que o sistema econômico esteja em colapso, ou que as iniciativas autônomas de trabalho não surtem efeito, mas sim de um processo normal de ambientes empreendedores que precisam estar preparado para absorver o impacto causados por estas falhas.

Daniel Isenberg chama a atenção para a necessária capacidade que as sociedades empreendedoras precisam ter de aceitar e mensurar o fracasso de um negócio, não exagerando em demasia as questões relacionadas a ela, excedendo em sua penalização daqueles indivíduos que tentaram empreender e não tiveram sucesso¹⁵.

Falhas seriam então um mal necessário, destacando o fato de que a grande maioria dos empreendedores de sucesso já falhou em algum de momento de sua carreira. Neste sentido, uma cultura para o empreendedorismo significa que, o sistema local possui mecanismos que sejam capazes de mensurar as taxas de falhas, reconhecê-las de forma rápida, promover a absorção de seus danos e reaproveitar os recursos (materiais e humanos) advindos destes empreendimentos em novas iniciativas, de maneira a retroalimentar o sistema surgindo do espólio destes fracassos, novos projetos¹⁶.

O modelo de financiamento de *Startups* é um dos pontos mais importantes relacionados ao ecossistema. O acesso ao capital deve ser amplo, disseminado, desburocratizado e visível a maior gama de empreendedores possíveis, buscando diversificar o setor de inovação tanto no que se refere a quantidade de *Startups*, quanto na qualidade dos empreendimentos¹⁷

¹⁴ SANTOS, Diego Alex Gazarro dos; SCHMIDT, Vitor Klein; ZEN, Aurora Carneiro. A emergência de um ecossistema de empreendedorismo: o caso do Armazém da Criatividade e a cidade de Caruaru. In: *Anais da 26ª Conferência ANPROTEC*. Fortaleza, 2016. p.5.

¹⁵ ISENBERG, Daniel. *The entrepreneurship ecosystem strategy as a new paradigm for economic policy: Principles for cultivating entrepreneurship*. Presentation at the Institute of International and European Affairs. Dublin. 2011. p. 10.

¹⁶ ISENBERG, Daniel. *The entrepreneurship ecosystem strategy as a new paradigm for economic policy: Principles for cultivating entrepreneurship*. Presentation at the Institute of International and European Affairs. Dublin. 2011. p.10.

¹⁷ SANTOS, Diego Alex Gazarro dos; SCHMIDT, Vitor Klein; ZEN, Aurora Carneiro. A emergência de um ecossistema de empreendedorismo: o caso do Armazém da Criatividade e a cidade de Caruaru. In: *Anais da 26ª Conferência ANPROTEC*. Fortaleza, 2016. p.5.

A estrutura financeira diz respeito à origem dos recursos inseridos no empreendimento, classificados como próprios ou de terceiros. Com o empreendedorismo em voga, muitas poder ser as origens desses recursos. Algumas fontes utilizadas atualmente pelos empreendedores são Crowdfunding (financiamento coletivo, investidor anjo (pessoa física da área de negócios), fundos de venture capital (fundos que buscam empresas já estabelecidas), financiamentos diretos (via bancos comerciais), fundos de fomento (instituições governamentais) ou mesmo familiares e amigos¹⁸.

Considera-se como suporte as diversas profissões, estruturas físicas e entidades não governamentais que operam para fornecer estrutura humana e material para o funcionamento dos empreendimentos. Relaciona-se a gama de prestadores de serviços diversos, como advogados, contabilistas, bancos, prestadores de serviços em geral, comércio, indústria fornecedora de insumos etc. Também engloba modelos de transporte, de telecomunicação, logística, eventos, energia, parques tecnológicos dentre outras que, de forma indireta, influenciam no sucesso de uma *Startup*¹⁹.

Como já mencionado anteriormente, *Startups* possuem como principal ativo sua mão de obra. Por esta razão, as questões relacionadas à qualificação profissional e direito do trabalho tornam-se fundamentais para o desenvolvimento dos empreendimentos ligados a inovação. “Pessoas são valiosas a qualquer empreendedor, pois são elas que viabilizam negócios²⁰”.

Quanto ao mercado, destacam-se os relacionamentos entre *Startups* e outros atores do ecossistema, como governo, consumidores e empresas de outros segmentos. Neste sentido, deve-se promover o relacionamento entre estes atores de modo a promover sinergia, tornando-se favorável o crescimento dos projetos desenvolvidos nos setores ligados a inovação

O acesso a mercados enfatiza os benefícios que as *Startups* podem auferir ao se relacionarem com outros atores do ecossistema, como as grandes empresas. Estas costumam atrair e treinar novos talentos (dentre os quais alguns saem para criar seus próprios negócios) e criar programas para encorajar o surgimento de novos empreendimentos²¹.

¹⁸ NETTO, Augusto Perez Coutinho. Recursos para empreender. In: TEIXENRA, Tarçísio; LOPES, Alan Moreira. *Startups e inovação: Direito no empreendedorismo*. Barueri: Manole. 2017. p.84.

¹⁹ SANTOS, Diego Alex Gazarro dos; SCHMIDT, Vitor Klein; ZEN, Aurora Carneiro. A emergência de um ecossistema de empreendedorismo: o caso do Armazém da Criatividade e a cidade de Caruaru. In: *Anais da 26ª Conferência ANPROTEC*. Fortaleza, 2016. p.5.

²⁰ NETTO, Augusto Perez Coutinho. Recursos para empreender. In: TEIXENRA, Tarçísio; LOPES, Alan Moreira. *Startups e inovação: Direito no empreendedorismo*. Barueri: Manole. 2017. p.85.

²¹ SANTOS, Diego Alex Gazarro dos; SCHMIDT, Vitor Klein; ZEN, Aurora Carneiro. A emergência de um ecossistema de empreendedorismo: o caso do Armazém da Criatividade e a cidade de Caruaru. In: *Anais da 26ª Conferência ANPROTEC*. Fortaleza, 2016. p.5.

Percebe-se, portanto, que as questões atinentes a uma economia ligada as *Startups* são complexas, interdisciplinares e dinâmicas, possuindo características específicas que as diferem dos modelos de negócios tradicionais. Por esta razão, do ponto de vista jurídico, o pensamento ligado as *Startups* demanda uma reflexão complexa que engloba uma perspectiva de construção daquilo que a doutrina chama de “ecossistema empresarial”, haja visto a importância dos fatores externos no sucesso dos empreendimentos.

4. DIREITO DAS STARTUPS NO BRASIL

No que tange ao marco regulatório brasileiro, sua principal característica é a dispersão e desarticulação dos aspectos legislativos em relação ao desenvolvimento do ecossistema empresarial. Como o Estado nunca desenvolveu uma política estratégica para o setor, o sistema regulatório conduz os temas relacionados às *Startups* de forma aleatória e em alguns casos até contrária aos seus interesses.

No que concerne a proteção a autoria e propriedade intelectual, o eixo central do ordenamento jurídico brasileiro orbita em torno de quatro normas: a Lei nº 9.609/1998, também conhecida como Lei do *Software*, que dispõe sobre a proteção a propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização no país. Por sua vez, a Lei nº 9.610/1998 dispõe sobre os direitos autorais. Por último, a Lei nº 9.279/1996, que trata da proteção a Marcas e Patentes.

Denota-se pela análise de tais textos normativos que, aspectos importantes ligados a inovação não foram devidamente enfrentados, como por exemplo, a questão relativa a criação intelectual coletiva, a proteção dos direitos autorais no mundo virtual e os aspectos relacionados a burocracia para o reconhecimento da autoria e criação de obras e invenções.

Nesse contexto, tem-se uma problemática básica com relação à propriedade intelectual no Brasil: a falta de cultura de proteção à criação intelectual e o desconhecimento dessa matéria. Com relação aos programas de computador, essa situação pode ser constatada pelo número inexpressivo de proteção a esses programas por residentes no Brasil, seja por patentes ou por registro de direito autoral, principalmente se relacionamos tais números com o mercado brasileiro de programa de computador, que hoje é o 150 no ranking mundial²²

Leonardo Machado Pontes chama a atenção para as perdas financeiras que podem ocorrer em razão da falta de regulação adequada à proteção dos

²² ANDRADE, Elvira. Programa de computador é protegido por registro de direito autoral. *Inovação Uniemp.* vol.3, n.2, pp. 22-22. Belo Horizonte. 2007. p.22.

direitos autorais e intelectuais no Brasil, especialmente, quanto à obra coletiva e uso indiscriminado do *creative commons* que, em variados aspectos, tornou-se incompatível a legislação brasileira²³.

Dentro da realidade virtual, os intermediários tendem a maximizar o acesso ao maior número de produtos e serviços possíveis, com fulcro a criar um banco de dados suficientemente capaz de gerar um conjunto vasto, riquíssimo e gratuito de conhecimentos que, posteriormente, será utilizado na produção de outras patentes desenvolvidas pelos próprios intermediários. Neste sentido, a inadequação da legislação brasileira, pode levar a perdas significativas de produções autorais importantes para o desenvolvimento dos setores criativos, pois estarão desprotegidos quanto ao efeito do plágio, pirataria e até mesmo não reconhecimento da propriedade intelectual.

É de se notar que o texto legal previsto na Lei 9.610/98 é passível de críticas por conter uma série de pontos de dúvida e lacunas, independentemente do avanço tecnológico verificado nos últimos anos. Isso porque a relação taxativa de usos legítimos estabelecida na Lei 9.610/98 deixou de contemplar determinadas formas de uso que são vistas pela sociedade como legítimas, apesar de não encontrarem respaldo jurídico em nosso ordenamento positivo²⁴.

A burocracia e lentidão no registro de patentes também expõe a fragilidade do marco regulatório brasileiro frente ao cenário mundial. As incertezas quanto ao uso de suas invenções e criações desestimulam os investimentos no setor, especialmente em P&D, fazendo com que, em muitos casos, as mentes criativas brasileiras migrem para outras localidades onde encontram um ecossistema favorável a suas iniciativas

A exposição ao comércio internacional, a um ambiente competitivo no qual vencem as melhores ideias, é fundamental para a inovação. No Brasil, temos um problema que se inicia no registro de patentes, que é lento e problemático, o que significa que se deve agilizar o trabalho no INPI. Ninguém vai investir em P&D sem ter a certeza de que a legislação é o sistema jurídico vão lhe garantir o benefício de ter sido o primeiro a criar alguma coisa²⁵.

A inadequação do marco legal brasileiro também chama atenção para outro aspecto ligado a propriedade intelectual, qual seja, a proteção dos co-

²³ PONTES, Leonardo Machado. *Creative Commons: Problemas jurídicos e estruturas*. Belo Horizonte: Arraes. 2013. p.181.

²⁴ CARBONI, Guilherme C. Direitos autorais e internet: propostas legislativas para fomentar o desenvolvimento e o acesso ao conhecimento. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 10, n. 90, p. 01-22. Brasília. 2008. p.14.

²⁵ MIRSHAWKA, Victor. *Economia Criativa: Fontes de novos empregos*. vol. 1. São Paulo: DVS Editora. 2016. p.229.

nhecimentos tácitos difundidos por proximidade geográfica como diferencial competitivo, matéria pouco trabalhada pela legislação e jurisprudência, porém de suma importância para o desenvolvimento de um ecossistema empresarial.

Nesse contexto, a propriedade intelectual nos moldes tradicionais enfrenta dificuldades de adaptação. Como uma de suas características, a propriedade intelectual protege o conhecimento explícito, eminentemente, pois uma de suas funções é a disseminação desse conhecimento ao público. Entretanto, identificou-se, no decorrer desse trabalho, que há uma forma de proteção pela propriedade intelectual que valoriza o conhecimento tácito originado de um APL, a indicação geográfica. Esse tipo de proteção busca valorizar as características da região de onde o conhecimento se origina e, uma forma de valorização do conhecimento tácito de um APL que incentiva o desenvolvimento econômico e tecnológico daquela região²⁶.

De forma positiva o marco civil da internet inovou na busca por uma regulação principiológica ao uso da internet, estabelecendo direitos e deveres aos usuários da rede global de computadores, bem como diretrizes para o poder público. Além de contribuir para uma maior segurança jurídica ao ecossistema, o prestígio dado pela Lei nº 12.965/2014 ao princípio da neutralidade da Rede, garantem uma maior liberdade do usuário de uso do sistema digital para atender suas necessidades, permitindo que, projetos encontrem neste cenário, um ambiente isonômico para o seu desenvolvimento²⁷.

Sendo a neutralidade foi uma das maiores conquistas da Lei nº 12.965/2014, o que se espera é que a regulamentação direcione o intérprete da lei para poucas exceções, isto para que não se perca a diretriz fundamental, qual seja: a neutralidade é a regra, assim, não poderá o decreto regulamentador passar ao largo e desvincilar-se desta verdade²⁸.

Quanto aos programas de computadores, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, de 1994, trata-os como sendo obras literárias, ficando sua proteção regulada pela lei sobre direitos autorais e por lei específica, Lei nº 9.609/98, conhecida como Lei do *Software*. Na prática, os registros sobre programas de computação ficam

²⁶ CZELUSNIAK, Vivian Amaro; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DERGINT, Dario Eduardo Amaral. Propriedade Intelectual e a proteção do conhecimento tácito. *Revista Jurídica da Presidência*. v. 16, n. 110, pp. 703-723. Brasília. 2015. p.722.

²⁷ QUINTAS, Fábio Lima. Propriedade intelectual sobre a vida: o tratamento jurídico dispensado pelo Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*. v. 7, n. 73, pp. 1-10. Brasília. 2005. p.7.

²⁸ LOPES, Alan Moreira. LEI 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET). In: LOPES, Alan Moreira; TEIXEIRA, Tarcísio (Org.), *Direito das novas Tecnologias*. pp.13-103. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 64.

a cargo do INPI (Instituto Nacional da Propriedade Intelectual), que possui abrangência internacional com relação aos países signatários do TRIP's²⁹.

4.1. Impactos trabalhistas

O uso intensivo das tecnologias impactaram as relações sociais brasileiras, especialmente no modo de organização empresarial e forma de produção. Neste aspecto, a modificação mais visível está nas relações trabalhista, pois a morfologia do trabalho da era pós-industrial é muito diferente das concebidas durante o século XX.

A disseminação de tecnologias possibilitam o controle e a comunicação a distância, de modo que, seu uso provoca uma ruptura no modelo de organização de produção que passa a ser fragmentado, e controlado de forma remota, alterando as relações trabalhistas que cada vez mais, ocorrerão à distância.

Como fonte propulsora de qualquer empreendimento, o sistema de financiamento precisa se adequar a esta nova realidade. Deve-se levar em consideração que neste quesito, o Brasil possui um forte limitador da inovação, pois, inexistem políticas governamentais ligadas ao financiamento de Startups, possui uma carga tributária extorsiva, burocrática, complexa e desorientada do ponto de vista macro econômica, de modo a conceder privilégios a grandes conglomerados e onerar em demasia o pequeno e médio empreendedor. “O alto nível de corrupção e um sistema financeiro abusivo completam a fórmula para a ineficácia do Estado em dar boas condições ao empreendedorismo”³⁰.

Como alento, o governo brasileiro criou um mecanismo de incentivo fiscal ao desenvolvimento de pesquisa e inovação, tendo como base a Lei no 11.196/05, também conhecida como lei do Bem e a lei nº 10.973/2004 que dispõe sobre a inovação. Todavia, estes mecanismos surtiram pouco efeito prático no ambiente empreendedor, face sua pequena utilização pelo meio empresarial.

Os resultados da Lei do Bem são relevantes para investigar sua capacidade de estimular investimentos privados em P&D. Análise preliminar sugere que este instrumento ainda não foi capaz de estimular a diversificação setorial destes investimentos no Brasil, dado que seus benefícios são majoritariamente capturados por setores que já desenvolviam esta atividade. Nesta avaliação, é importante considerar a interação da Lei do Bem com outros instrumentos de

²⁹ ANDRADE, Elvira. Programa de computador é protegido por registro de direito autoral. *Inovação Uniemp*, vol.3, n.2, pp. 22-22. Belo Horizonte. 2007. p. 1.

³⁰ NETTO, Augusto Perez Coutinho. Recursos para empreender. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LOPES, Alan Moreira. *Startups e inovação: Direito no empreendedorismo*. Barueri: Manole. 2017. p. 82.

apoio à inovação existentes, que podem atuar de forma complementar para contribuir com o desenvolvimento tecnológico do setor produtivo nacional³¹.

A Lei Complementar nº 155, de 2016, alterou as regras do simples nacional, regulamentando a figura do investidor anjo, abrindo espaço para as micro e pequenas empresas possam acessar com mais facilidade esta modalidade típica do mundo das *Startups*. No mesmo sentido, a comissão de valores imobiliários editou a instrução normativa 588, regulamentando a distribuição de valores imobiliários a sociedades empresárias de pequeno porte.

Tais modificações foram pensadas para atender as necessidades dos setores de Inovação, não podendo se desconsiderar o seu impacto no desenvolvimento do ecossistema empresarial. Todavia, tratam-se de adaptações legais pontuais, pensadas de forma isolada sem qualquer estrutura governamental que lhe dê um norte. A ausência de uma política pública voltada a inovação, bem como a definição clara de estratégias estatais para o desenvolvimento dos setores criativos brasileiros terá como consequência o crescimento desordenado e subutilizado, criando um modelo de negócios que irá privilegiar determinados segmentos em detimentos de outros, com a derrocada de uma gama significativa de iniciativas que poderiam promover o desenvolvimento econômico-social.

5. IMPACTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS

Do ponto de vista social, as *Startups* estão promovendo grandes modificações nas relações sociais, destacando-se, dentre outras, as relações de trabalho, de consumo, de gestão empresarial, educação e nas relações com o estado.

Apesar dos entraves legais, *Startups* têm gerado empregos e rendas em velocidade e quantidades proporcionalmente superiores ao comércio e indústria convencionais. O mundo que se apresenta à inovação, tem sua base no micro e pequeno empreendimento que, a partir do uso da tecnologia tende à atuar em Rede, realinhando as cadeias de produção para o desenvolvimento de novos produtos e serviços. Mesmos as grandes marcas ligadas a inovação (Google, Facebook, Amazon e Uber), dependem de uma rede de relacionamentos com empreendedores individuais para o desenvolvimento de seus produtos e serviços.

No modelo de inovação em Rede, as grandes marcas estão se tornando plataformas de organização da cadeia produtiva, para que as iniciativas diversas consigam sucesso em um modelo de sinergia empresarial. No Brasil, a gigante do vale do segmento de transporte de passageiros Uber fechou o ano de

³¹ ZUCOLOTO, Graziela Ferrero. Lei do Bem: impactos nas atividades de P&D no Brasil. *Radar*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília. 2010. p.19.

2017 com mais de 500 mil motoristas cadastrados, transportando 17 milhões de passageiros ano, recolhendo R\$ 495 milhões de reais em tributos federais, estaduais e municipais (PROCHNO, 2017, s/p). Em seu modelo de negócios, a marca Uber, se tornou uma plataforma de contato entre centenas de milhares de empreendedores individuais com seu público-alvo, usando a força da sua marca para abrir novos mercados àqueles empreendedores individuais que, dificilmente conseguiriam oferecer tais serviços individualmente.

As profissões irão se modificar, pois, serão necessárias novas habilidades e competências daqueles que irão ocupar as vagas disponíveis neste novo arranjo mercadológico. Não apenas as habilidades e tarefas relativas as profissões irão se modificar, novas profissões irão surgir, suprindo novas demandas que a inserção da robótica do sistema de informação criará e outras deixarão de existir, absorvidas pela própria inovação que substituirá a mão de obra humana pela robótica, automação e inteligência artificial.

Com o surgimento das novas técnicas de produção a partir da introdução da robótica e da informática, as relações entre trabalhadores e empregadores sofreram modificações profundas que, refletiram, também, no mercado de trabalho através do aparecimento de novas profissões³² (FREDIANI, 2012, p.58)

As relações de consumo também sofreram impactos significativos. A mais perceptível será no aspecto relacionado a territorialidade. O acesso ao meio digital possibilita ao consumidor acessar qualquer produto, serviço em qualquer localidade do globo, ampliando suas possibilidades de compra. Como consequência, a tendência e de ampliação do comércio eletrônico, que acabará por se tornar um hábito cotidiano de todo o consumidor.

Conectado à internet, o consumidor acessa rapidamente todo o tipo de conhecimento e informação necessária a sua necessidade. O “efeito Google” reflete diretamente nos hábitos de consumo, pois a partir dos mecanismos de busca *online*, o consumidor consegue acessar informações que antes eram privilégios de profissionais do ramo. O direito à informação torna-se efetivo dentro do mundo digital, empoderando o consumidor quanto a suas escolhas e obrigando os empreendedores à adaptar a oferta de produtos e serviços para um ambiente mais competitivo

Não somente como mecanismo de disseminação das informações de forma rápida e em sua grande maioria eficiente, no caso do correio eletrônico, a informática e não somente a internet tem revolucionado o mundo, mas prin-

³² FREDIANI, Yone. A quem o direito do trabalho deve proteger e o novo conceito de subordinação. *Nova dilemas do trabalho, do emprego e do processo do trabalho: homenagem ao professor Ari Possidônio Beltran*. pp.58-62. São Paulo: LTr. 2012. p.58.

cipalmente o mundo dos negócios, através do BUSINESS to BUSSINESS e do EDI - ELETRONIC DATA INTERCHANGE, tem proporcionado maior comodidade a comerciantes e não comerciantes. Vem modificando os hábitos dos consumidores brasileiros que principalmente nos grandes centros não se dirigem até suas agências bancárias físicas, resolvem tudo de suas residências ou empresas através da internet ou mesmo através dos homebanks³³.

Os novos arranjos de produção trazidos pelas *Startups* também estão modificando as necessidades de consumo. Muitos dos produtos ofertados pelo mercado convencional estão sendo substituídos por serviços que conseguem atender em melhores condições e a custos menores as necessidades consumeristas. Dentre as inúmeras oportunidades que se apresentam, tem-se como exemplo real, os aplicativos de transporte individual e os aplicativos relativos a *ebooks*. A oferta de aplicativos de transportes tem suprimido a necessidade de transporte individual de passageiros, substituindo a compra de automóveis, por opções de serviços de transporte feito por aplicativo, tendência que se aprofundará quando da entrada do carro automatizado. No mesmo sentido, a oferta de *ebooks* e livros em PDF, substituem a compra de livros físicos, oferecendo ao consumidor a opção de acessar bibliotecas inteiras com o pagamento de assinaturas de serviços via cartão de crédito em valores que correspondem a compra de um livro físico mensal.

As empresas que marcam presença online apostam cada vez mais na internet como ferramenta de comunicação de negócio. O marketing começa a estudar o consumidor e depois concebe (estratégia) a presença digital mais adequada ao seu negócio tendo em conta as necessidades do consumidor neste ambiente que segundo Gual Y Ricart (2001) pode ser de informação (notícias, formação), de transações (compra), de entretenimento (jogos, música), ou, de comunicação (mails, chats)³⁴.

A gestão empresarial de uma organização empresarial envolve, basicamente, quatro elementos: físicos, tecnológicos, financeiros e humanos.

Os elementos físicos são relativos a sua estrutura material para prestar o serviço ou ofertar seus produtos. Neste aspecto, as *Startups* provocam a ruptura do processo tradicional de gestão. Ao usar o ambiente virtual como mecanismo de acesso ao mercado, promovem a redução de custos operacionais, permitindo sua estabilização em relação ao faturamento, aumentando a margem de lucro do empreendimento, na medida que o negócio se expande.

³³ SANTOS, Diego Alex Gazarro dos; SCHMIDT, Vitor Klein; ZEN, Aurora Carneiro. A emergência de um ecossistema de empreendedorismo: o caso do Armazém da Criatividade e a cidade de Caruaru. In: *Anais da 26ª Conferência ANPROTEC*. Fortaleza, 2016. p.1.

³⁴ SENDI, André. Interacción e novos modelos de negocio online. In: VALENTÍN, García; MARTÍNEZ, Alejandro. *Economía de la cultura y la comunicación em la era digital*. Lisboa: Média XXI. 2012. p.1.

Ademais, costumam operar em ambientes de estruturas físicas coletivas, compartilhando uma mesma estrutura com outros projetos advindos de outras empresas, permitindo não apenas a redução dos custos operacionais, mas o compartilhamento de experiências entre gestores potencializando a gestão de seus negócios e sua expertise.

Sendo assim, é possível recorrer a espaços de coworking, ou, ainda, criar um home office. É possível estruturar uma Startup se um grande nível de investimento. Um dos desafios para esse novo modelo de “empresa intangível” é a adaptação da equipe a uma estrutura descentralizada. Muitos dos profissionais atrelam boa performance a uma equipe intensiva sobre o trabalho³⁵.

A tecnologia é o elemento base da inovação, que deve aplicada tanto no desenvolvimento de novo produto ou serviço, como também na gestão administrativa do negócio. Mas ela por si só não é suficiente para o sucesso de uma *Startup*. O desenvolvimento tecnológico deve ser usado de maneira adequada, pensada dentro da estratégia desenvolvida pelos gestores, em um processo contínuo de aprimoramento do modelo de negócios, tornando-se possível auferir seus resultados.

Na gestão de *Startups*, incentiva-se a interação multifacetada entre indivíduos, usando-se a tecnologia como ferramenta fundamental de contato, viando a solução de problemas de forma rápida e eficaz. Desta forma, como leciona Maiolini (2016, p.23), a arquitetura de TI precisa ser bem projetada, com objetivo de fomentar novos conhecimentos e, especialmente, desenvolver novos processos e produtos.

Os elementos financeiros dizem respeito a fonte de recursos para a manutenção do empreendimento, incluindo o *crowdfunding*, investidor anjo, *venture capital* e fundos de fomento público.

O grande diferencial das *Startups* é a promoção e valorização dos recursos humanos nas atividades econômicas. Ao contrário dos modelos econômicos tradicionais, *Startups* não visualizam seus projetos apenas na perspectiva de redução de custos operacionais. Ao promover a valorização da criatividade e conhecimento, e usá-los como “materia prima” para criação de novos produtos e serviços, *Startups* colocam como centrais outras dimensões que vão além do aspecto financeiro. Em seu modelo de negócios, à ação social, a questão simbólica, a identidade cultural e a proteção ambiental, são centrais na execução de seus fins, e devendo intercambiar-se com a dimensão financeira, garantindo a estabilização e crescimento dos setores criativos, por meio do equilíbrio destas dimensões

³⁵ NETTO, Augusto Perez Coutinho. Recursos para empreender. In: TEIXENRA, Tarcísio; LOPES, Alan Moreira. *Startups e inovação: Direito no empreendedorismo*. Barueri: Manole. 2017. p.84.

As características citadas permitem que, ao promover a inclusão de segmentos periféricos da população mundial, ela também forme mercados. Afinal, não é mais possível só brigar por fatias de um mercado que englobem apenas 30 a 40% da população mundial. É preciso fazer com que os 60 a 70% restantes adquiram cidadania de fato, conquistando também seu papel como consumidor³⁶.

Destaca-se também que, ao contrário dos recursos naturais (petróleo, minério etc.), o conhecimento, a criatividade humana e a diversidade cultural são recursos inesgotáveis, tornando-se uma fonte sempre renovável e multiplicável de novos projetos, novas ações e novas formas de interação, promovendo um fluxo contínuo de desenvolvimento de novas demandas, novos projetos e novos serviços. Tal fato permite a afirmação de que sua base de sustentação são as potencialidades, as alternativas e possibilidades de uma localidade e não a escassez e as limitações próprias dos sistemas econômicos pautados no extrativismo predatório.

Levando-se em consideração a estrutura de funcionamento das *Startups*, percebe-se que seus objetivos convergem para a mesma direção das políticas públicas voltadas a efetivação de direitos fundamentais, especialmente, políticas de incentivo e acesso à educação. Ou seja, a receptividade deste modelo econômico cria uma sintonia entre interesses do setor privado com as necessidades de desenvolvimento social por meio da educação, haja visto, a necessidade de mão de obra qualificada para suprir as demandas de uma cadeia produtiva criativa. Por sua vez, o crescimento das *Startups*, retribui os investimentos públicos no setor educacional, com a geração de empregos, distribuição de renda, pagamento de tributos etc.

No que tange as relações com o Estado, *Startups* promovem ações específicas capazes de unir os diversos agentes em uma dinâmica de convergência de interesses e objetivos comuns, introduzindo novas práticas socioeconômicas capazes de gerar inclusão social, como por exemplo, a adoção de medidas relacionadas ao planejamento urbano, a garantia de uma efetiva educação básica universal e de qualidade, acesso e incentivo a produção cultural, ao consumo de bens culturais, a diversidade cultural e modelos de governança dentre outras

A efetividade dessas políticas passa pela implementação de projetos que criem ambientes favoráveis ao desenvolvimento desta economia e que promovam a inclusão produtiva da população, priorizando aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social, por meio da formação e qualificação profissional e da geração de oportunidades de trabalho e renda³⁷ (MINISTÉRIO DA CULTURA, 2012, p. 35).

³⁶ DEHEINZELIN, Lala. *Contexto global atual, economia Criativa e colaborativa*. 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/4247860/CONTEXTO_GLOBAL_ATUAL_ECONOMIA_CRIATIVA_E_COLABORATIVA> Acesso em: 05 out. 2017. p.1.

³⁷ MINISTÉRIO DA CULTURA. *Plano da Secretaria da economia Criativa: políticas, diretrizes e ações, 2011–2014*. Ministério da Cultura. Brasília. 2012. p. 35.

Tendo em vista que no Brasil o tema dá os primeiros passos, acredita-se que estes sejam os primeiros aspectos a serem detidos, tanto pelo fato de que o conteúdo destes marcos regulatórios incide diretamente no tema, quanto pelo fato de que, possíveis incongruências e inadaptabilidades jurídicas podem inviabilizar a efetivação deste ecossistema, pelo simples fato de prejudicarem o uso da mente criativa como recurso econômico.

CONCLUSÃO

O Direito ligado as *Startups* é uma construção do século XXI, ligada a um modelo de negócios de produção desenvolvida na era digital, trazendo novas concepções sobre organização da produção, relações de trabalho e consumo. Isto significa dizer que as relações sociais advindas destes empreendimentos não se estabelecem no mesmo padrão que os setores empresariais tradicionais, especialmente os extrativistas, pois, a relação com a tecnologia e inovação em uma *Startup*, toma proporções e contornos muito diferentes quando comparados àqueles empreendimentos.

Neste contexto contemporâneo, as *Startups* devem ser vistas como modelos de negócio que, invariavelmente, são vulneráveis a mudanças políticas, econômicas, sociais e culturais, impondo aos Estados e a própria sociedade, determinadas condutas e ações que permitam o desenvolvimento de um ambiente de negócios favoráveis ao uso da criatividade como “matéria prima” de desenvolvimento da economia.

Portanto, as questões relativas ao marco regulatório toma uma dimensão multidisciplinar, na medida em que sua ação deve ser vista como um fenômeno que proporcione o desenvolvimento deste ecossistema empresarial, incluindo uma visão holística sobre os temas ligados à inovação como matéria-prima para à economia.

Importante destacar os impactos econômicos e sociais relativos a estes modelos de negócios, que, mesmo em um ambiente de incertezas e vulnerabilidade, tem auferido resultados socioeconômicos surpreendentes, incluindo geração de empregos, distribuição de renda e recolhimentos de tributos.

Através deste estudo, observou-se que há a necessidade de um foco maior a respeitos das questões legais ligadas a inovação e Startups, visando a garantia de desenvolvimento econômico com o devido respeito aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALAMZADEH, Aidin; KIRBY, David A. New Venture Creation: How Start-ups Grow? *AD-minister*. n.30, pp.9-29. Medellín. 2017.

ANDRADE, Elvira. Programa de computador é protegido por registro de direito autoral. *Inovação Uniemp*. vol.3, n.2, pp. 22-22. Belo Horizonte. 2007.

- BALDASSARI, Cristiano; CARLEI, Vittorio; MAIOLINI, Riccardo & MARRA, Alessandro. Digital Technologies for Social Innovation: An Empirical Recognition on the New Enablers. *Journal of Technology Management & Innovation*. v. 11, n. 4, pp. 22-28, Santiago. 2016.
- BLANK, Steve; DORF, Bob. *Startup - Manual do empreendedor - o guia passo a passo para construir uma grande companhia*. Rio de Janeiro: Alta Books. Rio de Janeiro, 2014.
- CARBONI, Guilherme C. Direitos autorais e internet: propostas legislativas para fomentar o desenvolvimento e o acesso ao conhecimento. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 10, n. 90, pp.1-22. Brasília. 2008.
- CARVALHO, Antonio Oliveira de; RIBEIRO, Ivano; CUNHA, Saionara de Andrade da. Vabilidade de startups: uma proposta de construção de uma escala de fatores dificultadores. *Ágora: revista de divulgação científica*, v. 20, n. 1, pp. 131-153. Mafra. 2015.
- COHEN, Boyd. Sustainable valley entrepreneurial ecosystems. *Business Strategy and the Environment*. v. 15, n. 1, pp. 1-14. Indianapolis. 2006.
- CZELUSNIAK, Vivian Amaro; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DERGINT, Dario Eduardo Amaral. Propriedade Intelectual e a proteção do conhecimento tácito. *Revista Jurídica da Presidência*. v. 16, n. 110, pp. 703-723. Brasília. 2015.
- DEHEINZELIN, Lala. *Contexto global atual, economia Criativa e colaborativa*. 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/4247860/CONTEXTO_GLOBAL_ATUAL_ECONOMIA_CRIATIVA_E_COLABORATIVA>. Acesso em: 05 out. 2017.
- FREDIANI, Yone. A quem o direito do trabalho deve proteger e o novo conceito de subordinação. *Novos dilemas do trabalho, do emprego e do processo do trabalho: homenagem ao professor Ari Possidônio Beltran*. pp.58-62. São Paulo: LTr. 2012.
- ISENBERG, Daniel. *The entrepreneurship ecosystem strategy as a new paradigm for economic policy: Principles for cultivating entrepreneurship*. Presentation at the Institute of International and European Affairs. Dublin. 2011.
- LOPES, Alan Moreira. LEI 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET). In: LOPES, Alan Moreira; TEIXEIRA, Tarcísio (Org.), *Direito das novas Tecnologias*. pp.13-103. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- MINISTÉRIO DA CULTURA. *Plano da Secretaria da economia Criativa: políticas, diretrizes e ações, 2011-2014*. Ministério da Cultura. Brasília. 2012.
- MIRSHAWKA, Victor. *Economia Criativa: Fontes de novos empregos*. vol. 1. São Paulo: DVS Editora. 2016.
- MIRSHAWKA, Victor. *Economia Criativa: Fontes de novos empregos*. vol. 2. São Paulo: DVS Editora. 2016.
- NARDES, Felipe Bruno Souza; ROCHA MIRANDA, Roberto Campos da. Lean Startup e Canvas: uma proposta de metodologia para startups. *Revista Brasileira de Administração Científica*. v. 5, n. 3, pp. 252-272. Aracaju. 2014.
- NETTO, Augusto Perez Coutinho. Recursos para empreender. In: TEIXENRA, Tarcísio; LOPES, Alan Moreira. *Startups e inovação: Direito no empreendedorismo*. Barueri: Manole. 2017.
- PONTES, Leonardo Machado. *Creative Commons: Problemas jurídicos e estruturas*. Belo Horizonte: Arraes. 2013.
- PROCHNO, Pedro. *Fatos e dados sobre a Uber*. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>. Acesso em: 03 de janeiro de 2017.
- QUINTAS, Fábio Lima. Propriedade intelectual sobre a vida: o tratamento jurídico dispensado pelo Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*. v. 7, n. 73, pp. 1-10. Brasília. 2005.
- RIES, Eric. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas*. São Paulo: Lua de Papel. 2012.
- SANTOS, Keila. Empreendedorismo no Brasil. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LOPES, Alan Moreira. *Startups e inovação: Direito no empreendedorismo*. Barueri: Manole. 2017.
- SANTOS, Jonábio Barbosa dos. Comércio eletrônico e as relações de consumo. *Revista Jurídica da Presidência*. v. 4, n. 43. Brasília. 2002.
- SANTOS, Diego Alex Gazarro dos; SCHMIDT, Vitor Klein; ZEN, Aurora Carneiro. A emergência de um ecossistema de empreendedorismo: o caso do Armazém da Criatividade e a cidade de Caruaru. In: *Anais da 26ª Conferência ANPROTEC*. Fortaleza, 2016.
- SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Como obter financiamento para uma Startup*. Brasília. SEBRAE. 2012.

SENDI, André. Interação e novos modelos de negócio online. In: VALENTÍN, García; MARTÍNEZ, Alejandro. *Economía de la cultura y la comunicación en la era digital*. Lisboa: Média XXI. 2012.

ZUCOLOTO, Graziela Ferrero. Lei do Bem: impactos nas atividades de P&D no Brasil. *Radar*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília. 2010.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

CAPÍTULO 6

A CRISE FUNCIONAL DO ESTADO E A NECESSIDADE DA REVISÃO DO MODELO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES

*Deilton Ribeiro Brasil
Patrick Juliano Casagrande Trindade*

SUMÁRIO: Introdução. 1. As crises do Estado. 2. A separação dos poderes e sua evolução. 3. A crise funcional no Estado contemporâneo. 4. A separação dos poderes nos dias atuais. 5. A superação do modelo de separação dos poderes: por um reajuste institucional através de uma comunicação institucionalizada. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O Estado passa por várias crises em sua estrutura originária, especialmente por uma crise funcional, devendo ser desenvolvido um modo para que possibilite um aperfeiçoamento de modo a propiciar um maior bem-estar a todos os sujeitos que fazem parte desta estrutura.

A crise funcional do Estado caracteriza-se pela perda da centralidade e exclusividade das suas funções, devendo o Princípio da Separação dos Poderes adequar-se com este Estado, necessitando de um modelo que não elimine a evolução já obtida, mas sim discipline essas mudanças modernas nas suas funções.

Isso devido a evolução política do Estado estar consagrada na ideia de que deve haver uma autonomia e independência entre os poderes do Estado, com harmonia e limitações. O Poder Judiciário não pode interferir nas questões administrativas, nem nas casas parlamentares. Da mesma forma, o Poder Executivo e o Poder Legislativo não podem interferir nas funções jurisdicionais.

O presente trabalho visa analisar essa crise funcional e a possibilidade de um modelo de comunicação institucionalizada entre os três poderes, fomentando a coexistência entre eles, sem a necessidade de escolher entre um e outro de modo excludente, não se posicionando entre um modelo de melhor ou pior poder.

A comunicação entre os poderes, como proposta de um sistema renovador, já que é uma necessidade fundamental e expressiva para a política. As

sementes da ideia de uma interlocução institucional devem ser incorporadas para abreviar a otimização do Estado, destruindo as barreiras que impedem uma adequada comunicação, criando condições para tanto ou até mesmo para a institucionalização deste diálogo.

A impossibilidade de recíprocas interferências traz prejuízos consideráveis ao fundamento do Estado, pois a ausência de comunicação entre os poderes do Estado não permitem a este, como organização política que é, uma atuação mais eficaz no sentido de melhorar seu funcionamento.

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema sobre a crise funcional do Estado e a necessidade da revisão do modelo de separação dos poderes. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

1. AS CRISES DO ESTADO

O Estado Contemporâneo vem passando por uma grave crise, sendo divididas em crise conceitual, estrutural, institucional, política e funcional¹

A crise conceitual caracteriza-se pela dificuldade atual em conceituar o Estado e seus elementos clássicos diante dos vários fenômenos que os afetam, como por exemplo, a globalização.

A referida crise é caracterizada pela relativização da definição dos elementos clássicos do Estado, gerando uma nova estrutura organizacional na qual surgem novas formas de relações internas e externas surgem para modificar a concepção tradicional de Estado.

Os elementos tradicionais do Estado, quais sejam, soberania, território e povo (poder) passam por um rearranjo das suas características, culminando numa nova roupagem dos referidos elementos baseados em alguns pressupostos que a nova realidade social exige.

¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Segundo Mata Diz; Penido Martins² o Estado é dotado de soberania, ou seja, dotado da capacidade de se autodeterminar e de determinar a vida dos sujeitos que com ele se encontram em uma relação de subordinação estando este conceito ligado a ideia de poder. No entanto, ainda que considerada indispensável para a caracterização do Estado Moderno, caracterizada como poder absoluto, indivisível, inalienável, imprescritível e incontrastável, passa a sofrer transformações originadas, por exemplo, pelos processos de integração supranacional que demonstram a associação entre Estados, submetendo aos objetivos gerados comumente pela adesão entre eles, fortalecidos por mecanismos e decisões de índoles políticas, econômicas e jurídicas destinadas a fortalecer o papel dos Estados partícipes, bem como a integração entre eles, surgindo uma soberania compartilhada.

Outro conceito que perde o sentido clássico é o de povo. Com a livre circulação de pessoas, capital, bens e serviços, culminando em um espaço sem fronteiras, promovidos pelos mecanismos integracionistas, implicam tanto na redefinição e reformulação do conceito de povo como do conceito de território. Isto é, por mais que seja necessária a delimitação espacial do exercício do poder soberano, algumas questões sociais, econômicas e jurídicas transcendem a ideia de territórios físicos e a unidade de determinado povo de forma delimitada.

A crise estrutural está ligada ao fim do Estado de bem-estar social. Agregado à sua função Social, esta crise atinge diretamente os fundamentos do modelo de bem-estar social, caracterizado pelo enfraquecimento do conteúdo dos direitos sociais, das fórmulas intervencionistas, bem como as estratégias de políticas públicas inerentes à efetivação dos direitos sociais, baseado, principalmente, pela crise fiscal que assola este Estado³.

A crise institucional decorre da incapacidade do constitucionalismo moderno garantir aquilo que é garantido aos seus cidadãos, face aos novos desafios resultantes dos processos de globalização que se alastram e exigem uma remontagem para que se coloque à disposição dos seus cidadãos tanto num projeto constitucional presente e futuro.

Já a crise política diz respeito à representatividade política, já que esta não passa sem rupturas diante das transformações deste Estado. Assim, diante as dificuldades técnicas trazidas pelos conteúdos dos temas propostos em discussão, aliada à enorme quantidade de temas abordados, acarreta a exclusão do cidadão do debate político. Assim, os assuntos abordados sob o manto

² MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; MARTINS, Thiago Penido. Por uma reinterpretação dos elementos do Estado a partir da criação e consolidação dos processos de integração social. In: *Anais do XXIV Congresso do Conselho Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Direito – CONPEDI*. Aracaju, 2015.

³ NUNES, Josiane Borghetti Antonelo; STURZA, Janaína Machado. Reflexões acerca da teoria do Estado e da Constituição: Jurisdição Cosmopolita – Utopia ou trend? In: *Revista Pública de Direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c838d2e45b2ad10>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

da representatividade política mostram-se incapazes de atender aos anseios sociais clamados pelos cidadãos. Há, uma “fantochização da democracia”, que é demonstrado pelo enfraquecimento do espaço público da política, descrença em seus representantes eleitos, apatia da sociedade quanto a esses assuntos, desaparecimento de alternativas reais de escolha⁴.

A crise funcional, dentro da ideia tripartite do Estado e da interferência recíproca que o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário realizam, será analisado em capítulo próprio.

2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA EVOLUÇÃO

O Princípio da separação dos poderes nasce para evitar a concentração do poder e limitar o exercício deste poder pelo Estado, baseando na necessidade permanente da existência de contrapoderes para equilibrar e harmonizar as funções exercidas.

Com origem na Atenas antiga, Platão, no livro “A República” já trazia traços desta ideia de separação entre os poderes. Foi o mencionado pensador que foi o primeiro a tratar sobre a separação dos poderes, quando discorreu sobre a cidade perfeita, afirmando que deveria existir uma separação nas funções entre os entes daquela comunidade, esboçando, assim, uma ideia já na época de desconcentração do poder, na busca de um equilíbrio entre aqueles que detinham este poder na organização política ali formada.

Também Aristóteles, no capítulo X de “A Política”, deu contornos mais claros acerca da separação dos poderes do Estado e a distribuição das funções, onde já mencionava “Dos três poderes existentes em todo governo” designando atribuições, ou competências, do Poder Deliberativo, aquele que deliberava sobre os negócios do Estado, do Poder Executivo, sendo aquele que consistia na aplicação daquelas decisões pelas magistraturas governamentais, e do Poder Judiciário, abrangendo a forma de escolha dos juízes.

O célebre pensador grego menciona

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.⁵.

No entanto, foi John Locke (1632-1704) que tratou, pela primeira vez como teoria política, na obra Segundo Tratado sobre o Governo Civil, mencionando,

⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁵ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991, p. 113.

no entanto, apenas os poderes Legislativo e Executivo. É no capítulo XII que Locke menciona a existência dos poderes legislativo e executivo, o primeiro como o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido de preservação dela própria e dos seus membros, devendo as leis ter sua execução acompanhada constantemente pelo poder executivo.

John Locke, ainda que não mencione o Poder Judiciário como função na solução de conflitos entre os membros da sociedade, menciona a existência de um terceiro poder que seria o “poder natural”, dizendo que homens que vivem em comunidade são pessoas distintas, mas o resto deles vivem em estado natural entre si, resultando, assim, os conflitos existentes entre quaisquer membros de uma sociedade e os que não estão nesta devem ser resolvidas pelo público.

Ocorre que John Locke não conseguiu desenvolver uma teoria clara. A teoria, no seu significado moderno, foi composta por Montesquieu, na obra “Do Espírito das Leis”, que sistematizou, de forma científica, o Princípio da Separação dos Poderes, dividindo o poder do Estado em três funções, o Legislativo, função responsável pela elaboração das leis, bem como para o seu aperfeiçoamento ou revogação; o Executivo, que se ocupa o príncipe ou magistrado da paz e da guerra; e finalmente o Judiciário, que dá ao príncipe ou ao magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil.

É nesses termos que Montesquieu preleciona

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houvesse tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos⁶.

Assim, Montesquieu trata da impossibilidade de se concentrar num único poder as tarefas de legislar, administrar e julgar, devendo, cada função importante do Estado, corresponder a um titular distinto, vinculados a um sistema de correção e equilíbrio.

Entre estes pensadores, preleciona Alexandre de Moraes que

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que

⁶ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2000. v 1, p. 205.

as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O Espírito das Leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal⁷.

Ou ainda, conforme aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho em seu Curso de Direito Constitucional

Esse compromisso foi teorizado por Locke, no segundo tratado do Governo Civil, que o justificou a partir da hipótese do estado de natureza. Ganhou ele, porém, repercussão estrondosa na obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, que o transformou numa das célebres doutrinas políticas de todos os tempos⁸.

Esta teoria da separação dos poderes, formulada por Montesquieu, construiu uma das condições essenciais e fundamentais da organização dos poderes do Estado, servindo de fundamento à nova apresentação do Estado que se seguiu do absolutismo até o Estado Liberal.

No Brasil, o arranjo jurídico-institucional absorveu o Princípio da Separação dos Poderes como cláusula pétrea da Constituição Brasileira, ao prever que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, devendo atuarem de forma equilibrado não havendo no plano teórico o arbítrio de um poder sobre o outro.

José Afonso da Silva discorre sobre a independência

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos servi-

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 385.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135.

ços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação dos juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96, e 99).⁹

Quanto à harmonia, também discorre o mencionado jurista

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o demando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.¹⁰

Em todas as Constituições brasileiras, atentas às doutrinas tradicionais, foi consagrado o princípio da separação dos poderes como um aspecto fundamental da estrutura e organização política do Estado, imprescindível à instituição, manutenção e desenvolvimento de um governo constitucional moderado e preocupado com os direitos fundamentais.

A Constituição do Império de 1824, criada após a independência e a criação do Estado Soberano Brasileiro, já proclamava, em seu artigo 9^a, “a divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”. Neste período, o Brasil possuía quatro poderes, pois o Imperador, Chefe do Estado e da Nação, constituía o poder moderador, “para que vele pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes” (art. 98). Isso por que esta Constituição foi “desenvolvida com o objetivo de dar legitimidade a uma forma de governo monárquica, tendo em vista a efetivação de um governo centralizado, que fosse capaz de desenvolver uma adequada unidade nacional”¹¹.

Desde 1891, abolidos o império e o parlamentarismo, já com a Constituição republicana, com influência Norte-americana e com viés liberal, adotou-se

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

¹¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. Salvador: Editora JusPO-DIVM, 2014.

a formulação tripartida, sistematizada pela obra de Montesquieu, instituindo-se o regime clássico da separação dos poderes, com as três funções do Estado. No entanto, ainda com a independência anunciada, a doutrina reconhece que, na prática política, o poder executivo, num Brasil presidencialista, sempre ocupou um lugar privilegiado no exercício do poder político¹².

A Constituição de 1934, já apresentando um constitucionalismo social, também no regime clássico da separação dos poderes, previu, ademais, que seria vedado aos poderes constitucionais delegar as suas atribuições, além de vedar o exercício em mais de uma função pelo mesmo cidadão. O legislativo passou a receber maior hegemonia em relação aos outros poderes, uma vez que coube ao Senado a função de coordenação dos poderes federais, gozando de atribuições excepcionais de controle da atividade do governo¹³.

Na Constituição de 1937 temos uma definição formal dos poderes legislativo, executivo e judiciário, sem que houvesse nenhuma preocupação com o equilíbrio entre os mesmos¹⁴.

Porém, esta constituição dissolveu o Poder Legislativo da União, com o fechamento do Congresso Nacional, bem como o poder legislativos dos Estados e dos municípios, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, respectivamente. Com isso, esta Constituição concedeu um poder maior ao Presidente da República, já que enquanto não fosse eleito um novo Parlamento, seria de competência do Presidente da República interferir nas outras funções do Estado, expedindo decretos-lei sobre todas as matérias de competência legislativa da União, expressando um caráter autoritário desse texto.

E não só isso. Certo é que o Presidente da República ainda tinha competência para confirmar ou não o mandato dos governadores dos Estados, nomeando interventores em caso de não confirmação, indicar candidatos à Presidência da República, dissolver a Câmara dos Deputados, dentre outros.

A Constituição de 1946, acompanhada de um movimento de redemocratização e valorização dos direitos humanos, reestabeleceu a clássica separação dos poderes, independentes e harmônicos entre si, idêntica fórmula fixada nas Constituições futuras¹⁵.

¹² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. Salvador: Editora JusPO-DIVM, 2014.

¹³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. Salvador: Editora JusPO-DIVM, 2014.

¹⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. Salvador: Editora JusPO-DIVM, 2014.

¹⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. Salvador: Editora JusPO-DIVM, 2014.

3. A CRISE FUNCIONAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

O Estado atual é essencialmente de direito, com suas características, as quais se modificam de decorrer dos tempos, de acordo com a evolução da sociedade. Nessa evolução, o Estado vê-se num processo de consolidação e transformação, necessitando de uma reformulação, diante das várias crises a que se vê submetido, conforme visto no primeiro capítulo.

Isso se dá pelo novo constitucionalismo que propôs uma renovação dinâmica do Estado, exigindo que absorvesse novas técnicas de administração e do exercício do poder cujos limites foram traçados pelas Constituições.

Essa evolução também se passa no modelo da separação dos poderes, especialmente pelo surgimento do exercício de funções atípicas e diante da possível configuração de abusos no uso das garantias e prerrogativas garantidas pelo Estado, necessitando, assim, de uma revisão dos seus papéis em todas as esferas de poder. Isto é, essa crise funcional pode ser percebida quanto às modificações dos padrões traçados aos três poderes, ocorrendo uma inversão de valores e alguns dos poderes exercendo o poder de forma atípica, necessitando de uma revisão no seu sistema.

Assim, sua tradicional forma de funcionamento, criada como uma estratégia de descentralizar o poder a partir de uma adoção da separação dos três poderes, necessita de um rearranjo estatal, especificamente diante da necessidade de interrelações entre os poderes do Estado.

A crise funcional, assim, é a que abrange as funções do Estado, anotando uma crise de identidade, havendo outros lugares de produção ou de solução diversos do Estado, ou seja, há uma “perda da centralidade e da exclusividade”¹⁶.

José Luis Bolzan de Moraes ainda nos esclarece

o que nominamos de crise funcional do Estado, entendida esta na esteira da multiplicidade dos *loci* do poder, gerando a referida perda da centralidade e exclusividade do Estado, pode ser sentida pelos órgãos incumbidos do desempenho de funções estatais, aos quais são atribuídas tarefas que lhes são inerentes no modelo clássico da tripartição das funções, bem como outras que se conjugam como as demais atribuições públicas estatais, seja pela concorrência que recebem de outras agências produtoras de decisões de natureza legislativa, executiva e/ou jurisdicional, seja, a muito mais, pela incapacidade sentida em fazer valer aquelas decisões que produzem com a perspectiva de vê-las suportadas no caráter coercitivo que seria próprio às decisões de Estado, decorrência direta da sua crie conceitual.¹⁷

¹⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56-57.

Bolzan de Moraes ainda reforça a definição de que a crise funcional do Estado Contemporâneo é aquela em que as funções estatais perdem seu poder tanto internamente, quanto por agentes externos¹⁸.

Além dessa mudança clássica das funções atribuídas aos poderes do Estado, onde se percebe a ocupação de espaços de um dos setores dos poderes por outro, ocorre também a fragilização acerca da sua legitimidade de decidir a respeito das leis elaboradas e da sua aplicação, bem como no tratamento de conflitos.

Dentro dessa ideia de tripartição do Estado, sua crise se torna evidente diante da judicialização da política, ampliando o poder do judiciário cada vez mais, bem como o legislativo de retornar ao seu poder exclusivo, na tentativa frustrada de impedir que o judiciário interfira diretamente na criação de leis.

No judiciário, há a perda da exclusividade com a existência de alternativas à jurisdição, como a arbitragem e a mediação. No caso do executivo, há uma iniciativa exagerada de legislação, como medidas provisórias e constantes propostas de reforma constitucional. Já o legislativo instaura frequentes Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais investigam a atuação do executivo¹⁹.

Veja que esta crise é sentida nos órgãos incumbidos do desempenho das funções estatais, as quais são atribuídas tarefas que são inerentes ao modelo clássico da tripartição de funções, bem como outras atuações estatais, seja pela concorrência que recebem de outras agências produtoras de decisão de natureza legislativa/executiva/judicial, seja pela incapacidade em fazer valer aquelas decisões de caráter coercitivo próprio à decisão do Estado.

Nesta perspectiva, surge claramente um pluralismo funcional, com o surgimento de vários atores, seja pelo legislativo, executivo ou jurisdicional, bem como uma variedade de ações que um ou outro poder pratica em desobediência à legitimidade do outro, temendo a diminuição do seu poder exclusivo.

O desvirtuamento do Poder Executivo no exercício da atividade legislativa, ainda que em razão da insuficiência do Legislativo em respaldar sua missão, deve ser repensada para se manter a ideia da sua função e não na voracidade pela atividade normatizante. O Poder Legislativo precisa atrair sua atividade precípua para prestar as demandas clamadas pela sociedade, atendendo de modo efetivo e rápido como decorrência lógica dos objetivos fundamentais que o sedimentam. Já o Poder Judiciário, necessita alcançar suas finalidades garantistas e democráticas, mas de modo a preservar a autonomia funcional dos outros órgãos e não apenas atender aos clamores sociais pela imagem inefficiente dos outros poderes.

¹⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁹ RIBEIRO, Diogenes V. Hassan. *A revisão do princípio da separação dos poderes: por uma teoria da comunicação*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

Assim, o modelo onde o judiciário não deve interferir nas gestões administrativas ou nas casas parlamentares e estas, por consequência, não podem interferir nas funções jurisdicionais nunca foi o ideal, embora existam mecanismos que proporcione um funcionamento deste modelo, como o voto, o julgamento político e as ações de constitucionalidade, deve ser reorganizado conforme a evolução que o Estado atravessa.

4. A SEPARAÇÃO DOS PODERES NOS DIAS ATUAIS

Com a redemocratização do Brasil, os paradigmas de compreensão e aplicação da doutrina da tripartição dos poderes, fomentados pela ideologia do Estado do bem-estar social, demandaram e continuam a esperar por uma revisão.

Como leciona José Afonso da Silva²⁰, “o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza Estado Democrático”, apontando que este último só se atesta com a efetiva soberania popular, participação da população na gestão e decisão dos negócios públicos e eficaz proteção dos direitos fundamentais.

Mas, historicamente, o Princípio da Separação dos Poderes nunca foi um modelo teórico fechado, delimitado e incomunicável entre suas três funções. Além das Constituições contemporâneas atribuírem funções típicas e atípicas aos poderes constituídos, os poderes Executivo e Judiciário têm agregado às suas competências atribuições cada vez mais crescentes.

O Poder Executivo tem assumido uma competência legislativa, através do excesso da sua atuação no poder normatizante, como a edição de medidas provisórias ou por meio de atos normativos infralegais originados de autarquias que tem função reguladora, crescendo a intervenção dos órgãos do Poder Executivo no processo legislativo.

A função administrativa do Poder Executivo, dentre outras identificadas na Constituição, tem a tarefa de atender às demandas populares através de ações concretas e políticas públicas aptas a possibilitar um bem-estar social aos seus governados, cumprindo o papel de atender às necessidades sociais por meio de atos de governo previstos no ordenamento jurídico.

E já que o Estado, mesmo com a garantia constitucional de promover esse bem-estar social, não vem cumprindo seu papel, o Poder Judiciário vem incorporando uma competência normativa a qual é atribuída funções de controle abstrato de normas e competência para solucionar conflitos de competência entre os órgãos estatais, além de resolver impugnações contra as leis ou decisões judiciais.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Assim, ocorre uma verdadeira judicialização da política, deslocando o debate político para o âmbito jurisdicional, na tentativa de concretizar os preceitos constitucionais, no que diz respeito aos direitos e garantias, que eventualmente não são observados pelos outros poderes no exercício das suas respectivas funções, passando para os Tribunais a expectativa de cumprimento das garantias sociais.

Nessa mesma relação, há também uma ocorrência de uma judicialização das relações sociais e dos direitos sociais, caracterizando o Judiciário como um guardião da prevenção dos males maiores, no alargamento da sua atuação normativa²¹. Isso advém das promessas de fim de todas as mazelas sociais enfrentadas pelo país, garantindo ao jurisdicionado o acesso a todos os benefícios sociais.

Assim, houve uma politização do Direito ou uma judicialização da política, à medida que as normas constitucionais se convertem em instrumentos para a solução de conflitos políticos, legitimando mandatos eletivos públicos e servindo de fundamento à concretização das necessidades legais dos cidadãos frente ao Estado.

Tem-se percebido a atuação do Poder Judiciário, por exemplo, a decisão sobre a possibilidade ou não de verticalização de coligações para a disputa das eleições presidenciais, a fidelização do parlamentar ao partido político pelo qual se elegeu, deliberação sobre a possibilidade pesquisas científicas, vagas em creches, a distribuição de medicamentos e o financiamento de procedimentos médicos de alto custo, dentre outros temas que constituem, tipicamente, a competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

E ainda, tem-se o Poder Legislativo, corolário da essência da democracia e fio condutor do Estado de Direito, vem se ocupando de uma função jurisdicional pela prática das Comissões Parlamentares de Inquérito na atuação disciplinar frente aos atores do poder Executivo.

As limitações do Poder Legislativo quanto à morosidade no desenvolvimento do processo legislativo e as consequências advindas naturalmente desta demora, promove a ideia de risco na contribuição para um Estado de Direito no tocante ao atendimento das suas demandas sociais.

A inércia do Poder Executivo e do Legislativo em fazer cumprir os preceitos constitucionais passam a serem suprimidas pelo poder judiciário, mediante à utilização dos mecanismos legais previstos no texto constitucional, especialmente para a fiscalização e controle dos gastos públicos e a efetiva prestação dos serviços sociais básicos, sob pena de, não o fazendo, estes preceitos constitucionais serem textos nulos.

²¹ RIBEIRO, Diogenes V. Hassan. *A revisão do princípio da separação dos poderes: por uma teoria da comunicação*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

Há um processo autofágico, em que cada uma das funções do Estado procura sobreviver à custa da outra, invadindo a esfera de competência, ora disforme e invasiva à esfera de determinada função, ora para harmonizar e limitar a atuação dos três poderes.²²

Assim, a doutrina dos freios e contrapesos não é suficiente para fundamentar a atuação dos parlamentares no uso viciado e muitas vezes políticos das frequentes Comissões Parlamentares de Inquéritos, tampouco a excessiva iniciativa de legislação pelo executivo e, igualmente, a assunção do judiciário na função que não é de sua competência.

Conclusão forçada é que se tem experimentado a necessidade de um rearranjo organizacional decorrente da própria dificuldade do Estado em concretizar suas promessas legislativas.

5. A SUPERAÇÃO DO MODELO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES: POR UM REAJUSTE INSTITUCIONAL ATRAVÉS DE UMA COMUNICAÇÃO INSTITUCIONALIZADA

Para Luhmann²³ toda sociedade opera por meio da comunicação que corre da interlocução entre os modelos que a compõe, seja o jurídico, o político ou o econômico. Esses modelos, denominados de sistemas sociais devem operar através da comunicação, pois sem esta não há sistema social que se legitime.

No entanto, todo sistema deve operar dentro dos seus limites, proporcionando uma relação e integração entre os elementos desse sistema pela coordenação das unidades constituintes.

Esses sistemas sociais, constituídos pelos sistemas jurídicos, políticos e econômicos, possuem funções definidas de atuação e competência. A função do sistema jurídico é o de produzir uma decisão, na solução de um conflito invocado para o sistema total, participando do processo de produção para decisões futuras. Já o sistema político possui a função de produzir decisões politicamente vinculantes, por via da legislação ou por outros atos do poder executivo ou legislativo. Já o sistema econômico, reside na solução de propiciar as provisões futuras nos casos de escassez no sistema social²⁴.

No entanto, não se pode mais admitir as concepções que assumam a ideia absoluta da separação dessas funções sem qualquer comunicação entre elas.

²² RIBEIRO, Diogenes V. Hassan. *A revisão do princípio da separação dos poderes: por uma teoria da comunicação*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

²³ LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos sistemas*. Traduzido por Eva Machado Barbosa Samios. Organizado por NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa, Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goetche Institute/ICBA, 1997.

²⁴ RIBEIRO, Diogenes V. Hassan. *A revisão do princípio da separação dos poderes: por uma teoria da comunicação*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

Exige-se relativizar a importância da última palavra, pois todos os sistemas devem ser interligados e sofrerem interferências recíprocas entre seus órgãos, fugindo do conservadorismo da ideia clássica, pois são visíveis as necessidades de recursos, de políticas públicas ou de legislação, onde os poderes constituídos tendem a promover o contato entre si.

Com a crise funcional do Estado, trabalhada em capítulo próprio, aliada ao fenômeno da globalização, surge a ideia de cooperação entre os poderes do Estado. E essa cooperação, através do modelo da comunicação, deverá ter a finalidade de aprimorar as funções através de uma realimentação no processo de ação do Estado.

Sobre o assunto, Diógenes V. Hassan Ribeiro reforça

Desde as teorias iniciais de formação do Estado, passando pela compreensão e concepção da teoria da separação dos poderes, verdadeiro suporte do Estado Liberal e, agora, do Estado Constitucional e Democrático de Direito, em consequência à complexidade ou hipercomplexidade da sociedade, juntamente com a velocidade das transformações sociais, impõe-se a caracterização da comunicação como modelo vigente.²⁵

Esse modelo de comunicação, inicialmente, deverá ter a finalidade de aprimorar a edição das leis e sua aplicação no âmbito da administração e da jurisdição. Isso só é possível havendo a comunicação entre os órgãos que exercem as funções estatais, atuando de forma conjugada e procedural.

Ao judiciário, com a comunicação conjunta com o executivo e legislativo, poderia aperfeiçoar uma lei, após a sua aplicação por aqueles órgãos, avaliando, assim, sua utilidade, necessidade e viabilidade. Não resta dúvida que o poder judiciário pode fornecer informações importantes para o poder executivo e legislativo, para a escolha da decisão a ser tomadas por estes últimos para um melhor desempenho do modelo democrático, evitando, assim, que o judiciário seja um agente social ao invés de um “catalisador de uma possibilidade de solução de um problema social”²⁶.

Por outro lado, em relação ao Judiciário e o Executivo, cabe àquele possuir informações com vistas à aplicação de recursos financeiros em políticas públicas tendentes a satisfazer a cidadania, evitando, assim, que a solução desses conflitos deságue no próprio Judiciário, evitando a repetição de demandas que procurem a efetivação de direitos sociais e políticas públicas.

Partindo disso, deve-se repensar no modelo em que o legislador entenda que cumpriu o seu papel com a edição de uma lei, ficando o papel do seu

²⁵ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *A revisão do princípio da separação dos poderes: por uma teoria da comunicação*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016, p. 159, p. 159.

²⁶ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *A revisão do princípio da separação dos poderes: por uma teoria da comunicação*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

cumprimento pelo judiciário, bem como para o executivo a aplicação daquela lei, dificultando, com isso, a evolução do direito decorrente das evoluções e necessidades sociais arguidas, bem como uma eficiência do funcionamento estatal.

E mais, a sociedade organizada, por meio de suas associações ou entidades, seja pública ou privada, devem criar mecanismos de participação desse processo, trazendo outros elementos que pudessem aprimorar esta comunicação, pugnando por operações constantes de diálogo entre os poderes do Estado, estimulando os institutos jurídicos e administrativos.

Assim, não basta, neste modelo sugerido, que a comunicação entre os órgãos que exerçam as funções do Estado se afastem dos segmentos e clamores sociais, numa vez que estes produzem a comunicação sobre a recepção das leis, quanto ao seu cumprimento e aplicabilidade, bem como quanto à edição de reformas indispensáveis à adequada realidade social, permitindo, naturalmente, a criação de políticas públicas em prol da cidadania.

A comunicação eficiente entre os órgãos e a sociedade permite a eleição de seleções das necessidades sociais, produzindo, assim, uma conjunta análise institucional sobre tais necessidades, viabilizando o atendimento ao clamor social, no sentido de prevenir os recorrentes e reincidentes conflitos sociais, bem como a chegada desses conflitos aos Tribunais.

Este modelo comunicacional não pretende dizer que o poder judiciário deva exercer funções legislativas ou funções que tocam a administração do Estado, nem tampouco que o poder legislativo e executivo exerçam funções contrárias ao definido institucionalmente. Pretende-se que entre esses poderes, afastando-se do conservadorismo tradicional da concepção absoluta de separação, que haja interferências recíprocas entre estes órgãos constituídos no sentido de inserir uma ideia de relacionamento harmônico institucional, através de uma cooperação legal entre os poderes.

Com isso, o Estado, através desta comunicação entre as suas funções especializadas, poderá proporcionar um aprimoramento na edição e aplicação das leis, atendendo às necessidades do sistema bem como uma melhor eficácia do funcionamento do Estado.

Já a proposta de comunicação trabalhada por Conrado H. Mendes²⁷, denominada “teoria do diálogo”, defende uma terceira via para fugir da armadilha da última palavra por um dos poderes, através da coexistência entre parlamentos e Tribunais, sem a necessidade de se escolher entre um e outro de modo excludente.

Segundo o autor citado, há uma necessidade contínua de interlocução institucional, já que o “diálogo é uma imagem fecunda e expressiva para a

²⁷ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

política. É signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade. Denota uma relação horizontal e não hierárquica".²⁸

Essa teoria divide-se em duas categorias. A primeira propõe uma teoria de decisão judicial que leve se baseia numa interação com o legislador, onde o Tribunal participe da tomada de decisões. A segunda teoria define o diálogo como meio necessário da separação dos poderes, uma decorrência de um desenho institucional mais harmônico.

A primeira categoria defende um Tribunal promotor do diálogo por meio de uma via de ação, isto é, ao invés de silenciar, validar ou invalidar uma lei, o Tribunal pode aconselhar e recomendar, e não impor, por meios de suas decisões, um rumo decisório específico a outro poder.

Verifica-se que esta possibilidade, sugerindo um Tribunal mais proativo, no intuito de aconselhar os outros poderes, de forma implícita ou explícita, já são fornecidas em seus julgamentos, onde o conteúdo de suas decisões já indicam quais alternativas legislativas o Tribunal aceitaria.

A crítica a essa categoria seria que o custo da exclusividade judicial na revisão nas edições das leis acarretaria na perda da experiência política do Estado, acabando por diminuir a capacidade e responsabilidade políticas do povo de ditar os rumos e corrigir os próprios erros pela via ordinária, gerando uma debilitação democrática, uma vez que o ato de escolher seus representantes perderia o seu efeito político. A revisão judicial, assim, seria o reconhecimento pelo povo da sua incapacidade de se autogovernar, delegando, assim, este ato a pessoas melhor dotadas para este exercício. "Autogoverno envolve a oportunidade de errar, de aprender com o erro e de corrigi-lo sem a interferência de um agente externo"²⁹.

A segunda categoria passa pela promessa epistêmica embutida numa deliberação autêntica. A expectativa é que a separação dos poderes deliberativa tenha mais chances de chegar às respostas certas, diante das necessidades concretas. Segundo o autor, "a deliberação interinstitucional tem um potencial epistêmico, isto é, uma maior probabilidade de alcançar boas respostas diante dos dilemas constitucionais ao longo do tempo"³⁰.

A instrumentalização da liberdade de expressão em nome da verdade e de um consenso é exatamente o que se busca, o que fundamenta a resposta desejada, para a continuidade do diálogo entre as funções institucionais através de permanentes deliberações. Se as funções adotam uma atitude deliberativa e levam

²⁸ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁹ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁰ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

em conta os argumentos expostos de cada uma, desafiando-se reciprocamente quando consideram que tem uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais corretas e concretas do que num modelo absoluto de separação.

Através de um arranjo procedural indispesável para a criação das melhores alternativas para a deliberação, os poderes executivo, legislativo e judiciário possuiriam legitimidade para serem mais ativistas à medida que se engajem no diálogo, podendo optar por deferir, por esperar, ou, em face de um bom novo argumento, por desafiar o outro poder, no intuito de uma melhor eficácia estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise funcional, decorrente da ideia da separação absoluta dos poderes, com delimitação às suas funções específicas, necessita de uma reorganização social para a sua superação.

A necessidade de interferências recíprocas, através de um modelo procedural de comunicação entre os poderes do Estado, pode propiciar uma melhor efetivação da Constituição, podendo, assim, iniciar uma nova forma de organização política da sociedade.

Isso por que a separação de poderes faz com que diferentes valores, como a vontade popular, a os direitos constitucionais garantidos, a pressão por eficiência dessas funções, entrem em tensão justamente pela falibilidade dos poderes em garantir e propiciar a efetivação de alguns direitos. Se nesse ambiente, oferecer um caminho adequado para a solução dos diversos impasses institucionais através do ingresso de um modelo comunicacional pode trazer um melhor exercício do poder político para o melhor funcionamento do Estado em prol dos seus cidadãos.

A necessidade de um modelo comunicacional institucionalizado para gerar efetivas interferências de um poder na esfera de atuação do outro, evitando abusos de poder e legislações vazias ou ineficientes, ou possibilitando a real harmonia entre os poderes ou ainda garantindo as liberdades e o pleno exercício das funções específicas, pode evitar a demasiada concentração no poder judiciário de conflitos quanto à ineficiência ou inaplicabilidade de determinada legislação, alvo recorrente deste poder.

Inserir um diálogo deliberativo fazendo com que os poderes interajam em razão da efetivação da Constituição, lançando argumentos recíprocos para a tomada das decisões que melhor atendam às suas funções e as necessidades estatais.

É necessário, assim, que essa comunicação se dê também entre esses órgãos de poder do Estado e os segmentos sociais, no intuito de que produzam comunicação acerca da recepção ou não de uma lei, quanto da sua execução e aplicação, proporcionando reformas indispesáveis à adequada realidade so-

cial existente, o que não ocorre com a restrita concepção da separação dos poderes no modelo atual.

Essa resistência ao ingresso de um modelo de comunicação, decorrente da manutenção desta linha teórica de separação absoluta consagrada nas Constituições, é gerada pela premissa de que essa comunicação pudesse extinguir a independência dos órgãos de poder do Estado, o que não deve prevalecer.

Ainda que haja vários obstáculos, somente a introdução deste modelo abreviará caminhos para a otimização do Estado, impedindo, ainda que parcialmente, o desvirtuamento das funções do Estado, reconhecendo, assim, a própria legitimidade dos órgãos constituídos. Com isso, sem o receio das recíprocas interferências, os segmentos de poder do Estado devem eliminar esses obstáculos que impedem essa adequada comunicação, criando condições para tanto, institucionalizando este modelo de ingresso comunicacional.

Repensar o modelo atual representa medida necessária para equilibrar na prática o que na teoria e na norma abstrata já se identifica como equilibrado.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direitos constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Editora RIDEEL, 2016.
- BRASIL, Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, Diário Oficial da União, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.
- BRASIL, Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, Diário Oficial da União, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.
- BRASIL, Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, Diário Oficial da União, 10 nov. 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.
- BRAZIL, Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Brasília, Diário Oficial da União, Carta Lei de 25 mar. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.
- COUCEIRO, Júlio César da Silveira. *Princípio da separação dos poderes em corrente tripartide*. Revista Âmbito Jurídico. Rio Grande, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 02 ago. 2018.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, Os Pensadores, 1983.

LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos sistemas*. Traduzido por Eva Machado Barbosa Samios. Organizado por NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa, Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe Institute/ICBA, 1997.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; MARTINS, Thiago Penido. Por uma reinterpretação dos elementos do Estado a partir da criação e consolidação dos processos de integração social. In: *Anais do XXIV Congresso do Conselho Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Direito - CONPEDI*. Aracaju, 2015.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2000. v 1.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

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

NUNES, Josiane Borghetti Antonelo; STURZA, Janaína Machado. Reflexões acerca da teoria do Estado e da Constituição: Jurisdição Cosmopolita - Utopia ou trend? In: *Revista Pública de Direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c838d2e45b2ad10>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

RIBEIRO, Diogenes V. Hassan. *A revisão do princípio da separação dos poderes: por uma teoria da comunicação*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAPÍTULO 7

REFORMA POLÍTICA: REFLEXOS SOBRE A COMPOSIÇÃO DO PARLAMENTO NOS TERMOS DAS LEIS Nº 13.487 E Nº 13.488, E DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 97/17

*Yuri Nathan da Costa Lannes
Fabiana Félix Ferreira*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A constituição federal e o parlamento enquanto condições elementares de um Estado Democrático de Direito. 2. Reforma política e democracia representativa. 3. Impactos na composição do parlamento com as reformas de outubro de 2017. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema a ser desenvolvido neste artigo se relaciona com a questão da reforma política, com foco nos reflexos sobre a composição do Parlamento nos moldes das Leis 13.487 e 13.488 de 2017, além da Emenda Constitucional 97/2017, bem como a análise de elementos jurídicos e filosóficos que demarcam a temática.

A questão que se colocará na esfera da problemática do artigo se relaciona com a reforma política para o pleito eleitoral do ano de 2018 e, eventualmente, para os demais anos que seguirão. O problema é, as modificações impactam futura composição do Parlamento? De que modo esses impactos se apresentam?

O objetivo geral do trabalho é responder aos problemas propostos a partir da análise normativa da reforma legislativa ocorrida em outubro de 2017, enquanto que quanto aos objetivos específicos se mostram na análise de elementos filosóficos e jurídicos na esteira dos elementos democráticos ao processamento das demandas propostas pelas modificações legislativas. Além da verificação dos elementos de criação da “cláusula de barreira” ou “cláusula de desempenho”, que tem por finalidade a diminuição, ao longo o tempo, da participação no fundo partidário dos partidos com menor desempenho eleitoral.

A temática se justifica pela importância e relevância do tema eleitoral, democrático e constitucional ao passo que tais elementos geram impactos

diretos a vida dos indivíduos que compõe uma sociedade democrática de um estado de direito.

A metodologia a ser empregada à pesquisa é a dedutiva, aliada a técnicas de pesquisa bibliográfica e análise normativa diante de concepções jus-filosóficas.

Inicialmente se analisarão elementos que consubstanciam a reforma política, seguidos por elementos jus-filosóficos democráticos, para então compreender a concepção normativa das estruturas jurídicas implementadas pela reforma de outubro de 2017.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PARLAMENTO ENQUANTO CONDIÇÕES ELEMENTARES DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente trataremos da abordagem necessária da norma jurídica como instrumento e elemento central nas relações de estruturação de um Estado de Direito, conforme preceituado na Constituição de 1988.

Tem-se nesta perspectiva que os elementos centrais de organização do estado estão previstos precípua mente nas normas constitucionais, que darão ao ordenamento jurídico suporte de validade de todos os elementos normativos subsequentes e aqueles que se colocam na proteção jurídico-normativa da Constituição, além dos elementos estruturantes do Estado Brasileiro.

As constituições modernas aderem necessariamente a dois elementos fundamentais de um estado democrático. Se por um lado, as normas fundamentais constituem os elementos essenciais às garantias da sociedade brasileira, por outro lado, é necessário estabelecer os elementos de restrição do poder estatal aos moldes do que estabeleceu Montesquieu¹, guardada as devidas proporções, em suas obras.

Ao tratar dos direitos políticos, a Constituição Federal de 1988 estipulou em seu artigo 16 que “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. Daí se percebe a preocupação com o elemento temporal na edição de ambas as leis que alteraram o processo eleitoral analisadas no presente trabalho (Lei 13.487 e 13.488 de 6 de outubro de 2017) e da edição da Emenda Constitucional número 97 de 04 de outubro de 2017 dado que as eleições de 2018 ocorrerão no primeiro domingo de outubro de 2018 (07 de outubro de 2018).

Para além desta questão procedural para a reforma política, pode-se observar elementos garantidores dos ditames democráticos no cenário

¹ MONTESQUEIU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

nacional onde se estabelece o pluralismo político, o povo como fonte de emanação do poder, além das regras para o exercício da soberania popular e da garantia de um Estado Democrático de Direito.

“O Estado Democrático de Direito, em sua acepção mais simples é o estado em que seus governantes são escolhidos pela cidadania e que, justamente com os governantes, se submete à lei legitimamente concebida.”²

Percebe-se daí a necessidade de reafirmação de direitos e garantias individuais, estabelecidas na Carta Republicana de 1988 que constituem um inviolável elemento subjetivo de manutenção de uma ordem jurídica capaz de estabelecer ditames direcionadores de um Estado Democrático.

Manfredo Araújo de Oliveira aponta que

A existência política quanto tal é a existência fundada nos direitos humanos e, neste sentido, a vida política enquanto tal tem a ver com a efetivação de direitos. A democracia, enquanto uma forma de configuração da vida política, tem aqui seu pressuposto fundamental, uma vez que se trata da condição de possibilidade da própria existência social quanto existência política.³

Parte-se de uma concepção do indivíduo para uma concepção do próprio corpo coletivo onde habita. Nesta perspectiva, continua o autor

A democracia enquanto forma de configuração da vida política parte da ideia básica de que todo ser pessoal enquanto ser livre é, enquanto tal, o sujeito da efetivação de sua própria vida individual e social, de tal modo que todos são portadores do direito de assumir a configuração da vida coletiva enquanto busca de efetivação dos direitos de todos. A consequência disso é que uma sociedade pode ser dita democrática quando for igualitária, capaz de reconhecer a alteridade e participativa, onde todos constituem o sujeito de sua própria construção como sociedade.⁴

A liberdade é um dos pressupostos práticos a composição de um ambiente democrático, que se apresentam enquanto elementos de autonomia de participação de um corpo coletivo.

Quando se fala de autonomia e participação, não se pode deixar de observar para as dificuldades apontadas por John Rawls⁵, ao avaliar as concepções de justiça, como procedimento para a seleção das opiniões na transformação em lei: “se as liberdades de cidadania igual devem ser incorporadas na constituição

² LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole, 2007, p. 155.

³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética, direito e democracia*. São Paulo:Palus, 2010, p. 296-297.

⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética, direito e democracia*. São Paulo:Palus, 2010, p. 302.

⁵ RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almíro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 212-213.

e protegidas por ela. Essas liberdades incluem a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade individual e a igualdade dos direitos políticos". Neste discurso há que se apontar para a responsabilidade da sociedade, e também do ordenamento jurídico, na garantia do gozo desses direitos, que em um primeiro momento se caracteriza pela simples limitação do poder de coação do estado.⁶

Nesta linha Paulo Bonavides leciona

"Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos de liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal clássico."⁷

Ocorre que a liberdade, de uma perspectiva fundamental não pode ser reduzida a ideia de um caráter antiestatal. Em um primeiro momento, até parece válida tal ponderação, ocorre que na contemporaneidade os direitos de liberdade não se restringem ao não fazer estatal, isto é, há situações em que é preciso um verdadeiro agir do Estado com a finalidade de se garantir liberdade.

José Joaquim Gomes Canotilho pondera a existência de uma liberdade positiva e uma liberdade negativa, dizendo

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). Assim, por ex., o art. 37.º da CRP garante subjetivamente: (a) direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (liberdade positiva); (b) direito de a liberdade de expressão e

⁶ Sobre este tema Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 232) diz: "Esses dois problemas – se o Estado é moralmente legítimo, no sentido de que se justificaria seu uso da força contra os cidadãos, e se as decisões do Estado impõem obrigações genuínas sobre eles – não são idênticos. Nenhum Estado deve fazer cumprir todas as obrigações de um cidadão. Contudo, ainda que a obrigação não seja uma condição necessária. Um Estado pode ter boas razões, em algumas circunstâncias especiais, para coagir aqueles que não tem o dever de obedecer. Mas nenhuma política geral que tenha por fim manter o direito com mão de ferro poderia justificar-se se o direito não fosse, em termos gerais, uma fonte de obrigações genuínas. Um estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres"

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 564.

informação ser feita sem impedimentos ou discriminações por parte dos poderes públicos (liberdade negativa). Além disso, impõe-se objectivamente aos poderes públicos a proibição de qualquer tipo ou forma de censura.⁸

Observa-se que apesar da ausência do Estado na ingerência das liberdades, é preciso em algumas situações que o aparato estatal se manifeste na garantia efetiva dos direitos e liberdades individuais, ou seja, é necessária em algumas situações a presença do Estado para que se tenha segurança garantida enquanto se exerce a liberdade de ir e vir por exemplo, para que ela possa ser exercida em plenitude.

Este exemplo citado se mostra ainda mais evidente quando se busca o afluente dos valores fundamentais de liberdade e igualdade, primeira e segunda geração de direitos trabalhando juntas em uma mesma carta constitucional.

A liberdade igual abordada e apresentada por John Rawls⁹, em sua Teoria da Justiça, relaciona a máxima das liberdades civis e políticas com a temática da igualdade.

Ao analisar a questão da igualdade democrática John Rawls¹⁰ apresenta a ideia de uma confluência de dois princípios: I) o da igualdade equitativa de oportunidade; e II) o princípio da diferença¹¹. Isto acontece em razão de que somente se alcançaria a justiça se as expectativas daqueles em melhor situação funcionarem como parte de um esquema que melhorasse também as expectativas daqueles menos favorecidos na sociedade, ou seja, segundo um ideal de justiça, somente seria possível atender, em uma ordem social, a vontade dos que possuem melhores condições se isso também acarretasse em vantagem para aqueles menos afortunados.

A conjugação de uma série de vetores alimenta o indivíduo como um catalizador de direitos e garantias fundamentais para o pleno exercício de suas faculdades em um ambiente democrático. A fonte central desses valores estipulados pela norma jurídica encontra suporte de validade na Constituição Federal que emana ao sujeito e à sociedade garantias para o pleno exercício da cidadania e da democracia, tanto na acepção formal quanto na material.

Após a análise destes elementos essenciais ao desenvolvimento do trabalho, será analisada a questão das modificações no senário político e jurídico das alterações apresentadas pelas reformas de outubro de 2017.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

⁹ RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

¹⁰ RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 79-80.

¹¹ Este princípio da diferença segundo Rawls (1997, p. 80) indica que “se não houver uma distribuição que melhore a situação de ambas as pessoas, deve-se preferir uma distribuição igual. (...) Não importa o quanto uma situação de cada pessoa seja melhorada; do ponto de vista do princípio da diferença, não há ganho algum a não ser que o outro também ganhe.

2. REFORMA POLÍTICA E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

A partir deste momento, após a sedimentação das bases do Estado Democrático de Direito, seus valores fundamentais e sua estrutura normativa, é possível analisar a estrutura da reforma política, os elementos essenciais da democracia representativa e se posteriormente identificar se houve modificação na estruturação do parlamento.

A reforma política, *per si*, envolve muitos debates e polêmicas, uma vez que sua proposta envolve a modificação de inúmeros pontos na política brasileira. É composta por uma série de medidas e alterações que visam a transformação do sistema eleitoral e político a fim de corrigir falhas, desigualdades ou distorções promovidas ao longo do tempo, tendo como o objetivo central o combate dos problemas existentes no meio político partidário eleitoral, a exemplo da corrupção, que tem características de um problema endêmico no sistema Estatal brasileiro.

Em nosso sentir, a reforma política necessariamente deve observar pontos que se estabelecem enquanto elementos democráticos, naquela máxima das sociedades democráticas de que “os problemas da democracia deverão ser resolvidos com mais democracia”, ou seja, neste caso é necessária uma maior democratização dos quadros partidários, possibilitando o acesso e a disputa de maneira igualitária a todos aqueles agentes que eventualmente pretendam disputar cargos eletivos.

Nos dizeres de Dalmo de Abreu Dallari¹², o interesse popular só virá com a melhoria do sistema de escolha dos representantes. E para que isso ocorra, é indispensável um debate amplo e sem condicionamentos prévios para que da própria realidade brotem soluções, de nada adiantando a fixação teórica e artificial de preceitos e diretrizes, muito bons em tese, mas totalmente desligados da realidade.

No que diz respeito às reformas políticas necessárias, Richard Pae Kim aponta que

“A despeito de a representação política somente ser viável, atualmente, por meio de um mecanismo instituído, que são os partidos políticos, não há dúvida de que o aprimoramento democrático de um Estado e sua sociedade só será possível respeitando-se adequadamente as preferências e as opiniões das sociedade quando há partidos políticos fortes que tenham em seus programas diferenças fundamentais entre uns e outros, a fim de que o eleitor possa se identificar com as proposições e seus candidatos eleitos passam levar a cabo as políticas públicas propostas, sejam elas legislativas ou administrativas. Não há dúvida de que as agremiações partidárias em nosso país não têm atuado como entes catalizadores

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 132.

dos ideais dos cidadãos, sejam porque os contornos ideológicos dos partidos não se mostram nítidos, seja porque os partidos têm atuado muito mais no interesse de suas lideranças internas do que de seus partidários”.¹³

A dificuldade na percepção dos ideais partidários pode ocorrer por diversos fatores, o fato é que a dificuldade de assimilação e identificação, por parte dos cidadãos, do viés ideológico que os partidos políticos não é algo adequado quando se trata de elementos democráticos. Isto porque repercutirá na própria condição de representatividade política, bem como na via de efetivação dos planos eleitorais.

Há, no mundo, a percepção de se estar vivendo um momento de grande crise de representatividade das instituições democráticas, em outras palavras, um período de um questionamento da qualidade do funcionamento da democracia representativa.¹⁴

O desenvolvimento dos partidos políticos, que paulatinamente passam a ocupar uma posição de protagonismo, cria o fenômeno do duplo mandato, já que o representante presta contas a seu partido, tanto ou mais que a seu eleitorado. O conceito de representação política torna-se cada vez mais complexo, na medida em que a prática não se adequa aos modelos ideais correntes.¹⁵

Seria necessária uma maior vinculação dos cidadãos ao próprio ideal partidários, sendo que pra isso os partidos políticos precisariam desenvolver mais fortemente elementos caracterizadores de seus ideais políticos, planos eleitorais mais adequados aos projetos ideológicos partidários, como elemento garantidor da própria estrutura democrática.

A partir destas premissas observadas neste capítulo e no capítulo anterior, passar-se-á a analisar os impactos das reformas políticas de outubro de 2017.

3. IMPACTOS NA COMPOSIÇÃO DO PARLAMENTO COM AS REFORMAS DE OUTUBRO DE 2017

Neste último capítulo será abordado a respeito dos principais impactos na composição do parlamento com as reformas políticas de outubro de 2017. Tais reformas englobam o conteúdo da Emenda Constitucional 97/17, bem como as leis 13.487 e 13.488, ambas de 06 de outubro de 2017. Por uma

¹³ KIM, Richard Pae. *Multipartidarismo no Brasil: paradoxos e propostas. Reforma Política. Um mito Inacabado*. Barueri, SP: Manole, 2017, p. 325 -326.

¹⁴ MUÑOZ, Óscar Sánchez. *Los partidos y la desafección política: propuesta desde el campo del derecho constitucional*. Disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/14925>> acesso em: 17/12/2017.

¹⁵ MIGUEL, Luis Felipe. Representação Política em 3D. Elementos para uma teoria ampliada da representação política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 18 Nº. 51, 2003.

questão de hierarquia normativa será abordada inicialmente a Emenda a constituição.

O Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional que veda as coligações partidárias nas eleições e estabelece normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito na rádio e na televisão. Dessa forma, a Emenda Constitucional 97/2017 é decorrente da Proposta de Emenda à Constituição 33/2017, aprovada no Senado.

Antes da publicação da Emenda Constitucional 97/2017, os partidos podiam celebrar coligações no Sistema Majoritário e no Sistema Proporcional. Entende-se por coligação como “o consórcio de partidos políticos formado com o propósito de atuação conjunta e cooperativa na disputa eleitoral. Esse ente possui denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo com ela que se apresentará e agirá no meio político-eleitoral”¹⁶.

O termo também é conceituado por Rodrigo Lopes Zilio como

[...]uma união formal de partidos políticos, de caráter transitório, para o fim de participarem juntos em uma eleição. Pressupõe uma convergência de vontades de seus integrantes para um determinado objetivo comum. A coligação é formada a partir da manifestação da vontade exarada pelos correligionários na convenção partidária; portanto, é um ente coletivo que se origina pela expressão da vontade dos partidos envolvidos, sendo que o posterior encaminho de registro para a Justiça Eleitoral não tem o efeito de constituir a coligação.¹⁷

O ponto polêmico quanto às coligações partidárias é que podem beneficiar pequenos partidos que, em tese, só existem para pleitear cargos em campanhas e gestões de partidos maiores, além de desigualarem o tempo de TV, vez que o tempo de campanha é distribuído para cada candidato pelo número de partidos existentes em sua coligação.

A coligação interpartidária, sem a previsão de um mecanismo de distribuição, descaracteriza o partido político. Os mecanismos utilizados produzem carência de identidade e de mediação partidárias no comportamento legislativo, introduzem o sincretismo partidário parlamentar e desfiguram não só a proporcionalidade da representação de cada partido, mas a identidade e o alinhamento dos partidos no parlamento e, logo, fora dele¹⁸.

Desse modo, a Emenda Constitucional 97/2017, publicada no Diário Oficial da União em 05 de outubro de 2017 pelo Congresso Nacional, trouxe

¹⁶ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12a ed. Atlas: São Paulo/SP. 2016, p.112.

¹⁷ ZILIO, Rodrigo Lopes. *Direito Eleitoral*. 5a ed. Porto Alegre. ed. Verbo Jurídico. 2016, p.111.

¹⁸ TAVARES, José Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994, p. 93.

uma profunda modificação para as eleições proporcionais (Vereadores, Deputados Federais e Deputados Estaduais), estabelecendo que a partir das eleições a serem realizadas em 2020, será proibida a celebração de coligações proporcionais para a disputa de cargos do Poder Legislativo.

Entende-se por sistema proporcional como o utilizado nas eleições para determinar os representantes da Câmara dos Deputados e Câmara dos Vereadores (cargos de deputado federal, deputado estadual, deputado distrital e vereador). O sistema proporcional foi instituído por considerar-se que a representatividade da população deve se dar de acordo com a ideologia que determinados partidos ou coligações representem. Portanto, ao votar, o eleitor escolhe ser representado por determinado partido e, preferencialmente, pelo candidato por ele escolhido. Contudo, caso o candidato não seja eleito, o voto será somado aos demais votos da legenda, compondo a votação do partido ou coligação.

Assim, ficou definido o art. 17, §1º, da Constituição Federal de 1988, após a redação dada pela Emenda Constitucional

É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

A proibição da celebração das coligações nas eleições proporcionais vigorará a partir das eleições de 2020, conforme o artigo 2º da Emenda Constitucional 97/2017. Entretanto, permanecerá a celebração de coligações para a disputa de cargos do Poder Executivo.

Outra mudança constitucional trazida pela Emenda 97/2017 diz respeito à regulamentação do acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão. Assim está a redação do §3º do art. 17 da CF/88

Art. 17, §3º: Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:

I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

II - tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação”.

O artigo 3º da Emenda dispõe que as regras estabelecidas no §3º do artigo 17 da Constituição Federal, referente ao acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão, somente valerão a partir das eleições de 2030 e fixou regras de transição quanto ao tema

I - na legislatura seguinte às eleições de 2018:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem elegido pelo menos nove Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;

II - na legislatura seguinte às eleições de 2022:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem elegido pelo menos onze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;

III - na legislatura seguinte às eleições de 2026:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2,5% (dois e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem elegido pelo menos treze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

Anteriormente à Emenda Constitucional, o texto previa que os partidos políticos, sem exceção ou regras constitucionais adicionais, teriam direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. Com a mudança, as restrições são claras: somente receberão acesso do fundo e à propaganda gratuita aqueles partidos que reunirem, no mínimo, as seguintes condições em eleições: 3% dos votos válidos; em 1/3 dos Estados/DF; 2% dos votos válidos em cada um dos entes; total de 15 deputados, distribuídos por 1/3 dos Estados.

Para restringir o acesso dos partidos a recursos do Fundo Partidário e ao tempo de rádio e TV, a proposta cria uma espécie de cláusula de desempenho, com exigências gradativas até 2030.

Nesse contexto, importante conceituar a chamada cláusula de desempenho, que consiste no estabelecimento de algum critério de exclusão da participação de partidos políticos no acesso a algum tipo de direito ou benefício, abstratamente, previsto na Constituição ou na legislação¹⁹.

¹⁹ LORENCINI, Bruno Cesar. *A cláusula de desempenho eleitoral-partidário e seu enquadramento democrático e constitucional. Reforma Política. Um mito Inacabado.* Barueri, SP: Manole, 2017, p. 139.

Neste aspecto, Alexandre de Moraes diz

“A cláusula de desempenho é o conjunto de normas jurídicas que estabelece um percentual ou número mínimo de apoio do eleitorado nas eleições para Câmara dos Deputados (por exemplo, a previsão já existente do quociente eleitoral) como requisito essencial para o regular funcionamento parlamentar e o gozo do direito à obtenção de recursos do Fundo Partidário, além de acesso gratuito à rádio e televisão (“direito de arena”) pelos partidos políticos com a finalidade de garantir um controle qualitativo baseado na legitimidade e na representatividade popular das agremiações partidárias para o fortalecimento da democracia representativa.²⁰

Portanto, a cláusula de desempenho eleitoral tem por principal efeito e objetivo a limitação dos partidos atuantes na política, leiam-se, partidos com representantes no parlamento e capacidade de funcionamento parlamentar²¹.

É importante atentar-se que as novas regras que limitam o acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão somente serão aplicadas a partir de 2030. Até essa data, estará em vigor as regras de transição para as eleições de 2018, 2022 e 2026.

Além dessas mudanças, o §5º do art. 17 prevê que ao ser eleito por partido que não preencha os requisitos previstos no §3º, é assegurado o mandato e facultada a filiação a outro partido que os tenha atingido, sem perda de mandato, de modo que esta filiação não é considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão.

Essa nova hipótese de justa causa para a mudança de partido político, por parte do Poder Legislativo vem a somar com as hipóteses do art. 22-A da lei 9.504/97, quais sejam: mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; grave discriminação política pessoal e mudança de partido efetuada durante o período de trina dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição majoritária ou proporcional ao término do mandato vigente.

Já com o advento das leis 13.487 e 13.488 de 06 de outubro de 2017, diversas alterações foram apresentadas ao ordenamento eleitoral brasileiro. Entretanto, a mais significativa para o presente trabalho se mostra no Código Eleitoral (Lei 4.737 de 15 de julho de 1965) no § 2º, do artigo 109 que afeta as eleições proporcionais (para Deputado Federal, Deputado Estadual e Vereadores).

²⁰ MORAES, Alexandre de. Direito de Arena – Cidadania e Respeito à Legitimidade Popular. In: Moraes, Alexandre de; Kim Richard (Coord.). *Cidadania*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

²¹ LORENCINI, Bruno Cesar. *A cláusula de desempenho eleitoral-partidário e seu enquadramento democrático e constitucional*. Reforma Política. Um mito Inacabado. Barueri, SP: Manole, 2017, p. 148.

O quociente eleitoral é regrado conforme disposição do artigo 106 do Código Eleitoral, que determina-se “o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior”. E, segundo o artigo 107 do mesmo dispositivo legal, que o quociente partidário será determinado pelo “quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração”

Os cargos não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários em razão da exigência de votação nominal mínima, exigida no art. 108 do Código Eleitoral (ao menos 10% do quociente eleitoral), serão distribuídos conforme os critérios estabelecidos no art. 109 do Código.²²

O artigo 109 do Código Eleitoral, sofreu uma série de mudanças quando da edição da Lei 13.165 de 2015, entretanto, não fez parte da mudança uma questão estrutural de quociente eleitoral para a composição das cadeiras remanescentes (os cargos não preenchidos) disposta no § 2º, do artigo 109 do Código Eleitoral.

Diante da ausência de modificação pela Lei 13.165/15, Bruno Cesar Lorençini fez a seguinte leitura da questão

O quociente eleitoral configura-se como uma cláusula de desempenho pelo fato de que o partido político que não alcançá-lo, não elegerá um candidato sequer, pois deixará de atingir ao menos um número inteiro no cálculo do quociente partidário, além de lhe ser vedada a participação na distribuição das sobras, conforme estabelece o art. 109, § 2º do Código Eleitoral.²³

A realidade posta com a alteração da Lei 13.488/15, recai justamente sobre a cláusula de desempenho, possibilitando ao partido que não alcançá-lo possa eleger candidatos. Ou seja, a partir da alteração de outubro de 2017, candidatos pertencentes a partidos que concorreram ao pleito, mas não alcançaram o quociente partidário, terão a oportunidade de concorrer às vagas remanescentes, desde que uma série de outros fatores elencados no artigo 109 do Código Eleitoral se alinhem a esta perspectiva.

A condição para que isto ocorra é a concomitância do quociente partidário conjugada com a aptidão do candidato de atender a exigência de votação

²² LORENÇINI, Bruno Cesar. In: LEMBO, Cláudio (Coord.); CAGGIANO, Monica Herman S. (org.). *Reforma Política: um mito inacabado*. Barueri: Manole, 2017, p. 141.

²³ LORENÇINI, Bruno Cesar. In: LEMBO, Cláudio (Coord.); CAGGIANO, Monica Herman S. (org.). *Reforma Política: um mito inacabado*. Barueri: Manole, 2017, p. 141.

nominal mínima. Perceba-se que o quociente eleitoral (cláusula de desempenho) passa a ser desconsiderada para o preenchimento de vagas remanescentes.

Isto vai de encontro ao que se estabelece na Constituição Federal, em seu artigo 17, que toma como premissa democrática a liberdade partidária, consubstanciada nos atos de constituição, fusão, incorporação e até a extinção dos partidos políticos.

CONCLUSÃO

O presente artigo tratou das questões relacionadas da questão da reforma política da perspectiva dos reflexos produzidos pela Emenda Constitucional 97/17 e pelas leis 13.487 e 13.488 de 06 de outubro de 2017, diante da composição do parlamento, além da análise dos elementos jus-filosóficos relacionados a liberdade e democracia na constituição da sociedade brasileira na perspectiva constitucional.

Diante da crise representativa que as democracias eleitorais estão enfrentando, é necessário observar e tentar identificar elementos de fortalecimento do sistema político. Sem o fortalecimento dos partidos políticos é improvável conseguir governabilidade. Entende-se então que diante da necessidade de fortalecimento do regime político é importante avançar, anteriormente, na reforma política. No entanto, para fazer uma reforma política, é necessária uma cláusula de transição, pois toda mudança requer um tempo necessário para adaptação. A reforma política do Estado obrigatoriamente deve estar centrada na necessidade de maior proximidade da vontade popular com a vontade expressa pelo Parlamento.

Na prática, parlamentares de legendas diferentes, com votação reduzida, acabam eleitos devido ao desempenho de um candidato, que impede que os deputados com mais votos usem os votos restantes para puxar correligionários, causando o fim das coligações. A provável consequência da EC 97/2017 é a diminuição da vasta quantidade de partidos políticos no Brasil, haja vista a necessidade de limitar a propagação de partidos sem base popular mínima.

A máquina política não age por si mesma, deve ser desenvolvida pelos homens e até mesmo pelos homens comuns. Ela requer não simplesmente o consentimento deles, mas sua participação ativa; e deve ser ajustada às capacidades e qualidades de tais homens.

Já com relação as modificações que impactaram uma futura composição do parlamento, pode-se perceber que a principal modificação nesta seara é a alteração do § 2º, do artigo 109, do Código Eleitoral, alterado pela Lei 13.488 de 06 de outubro de 2017.

Tal modificação recai sobre a questão da cláusula de desempenho, que restringia o acesso dos partidos que não alcançassem o quociente eleitoral,

não os dando a oportunidade de ter representantes nas eleições para cargos de representação proporcional.

A partir da modificação será possível a estes partidos, observados o quociente partidário e votação nominal mínima do candidato, ter representantes no parlamento para os cargos de eleição proporcional.

O objetivo geral fora alcançado ao passo que o trabalho respondeu aos questionamentos apontados, bem como abordou as questões atinentes aos objetivos específicos como forma de chegar ao resultado obtido.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014
- GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12a ed. Atlas: São Paulo/SP. 2016, p.112.
- KIM, Richard Pae. *Multipartidarismo no Brasil: paradoxos e propostas. Reforma Política. Um mito Inacabado*. Barueri, SP: Manole, 2017.
- LEMBO, Cláudio (Coord.); CAGGIANO, Monica Herman S. (org.). *Reforma Política: um mito inacabado*. Barueri: Manole, 2017.
- LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole, 2007.
- Lorencini, Bruno Cesar. A cláusula de desempenho eleitoral-partidário e seu enquadramento democrático e constitucional. *Reforma Política. Um mito Inacabado*. Barueri, SP: Manole, 2017, p. 139.
- MIGUEL, Luis Felipe. Representação Política em 3D. Elementos para uma teoria ampliada da representação política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 18 Nº. 51, 2003.
- MONTESQUEIU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORAES, Alexandre de. Direito de Arena – Cidadania e Respeito à Legitimidade Popular. In: Moraes, Alexandre de; Kim Richard (Coord.). *Cidadania*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1-6.
- MUÑOZ, Óscar Sánchez. *Los partidos y la desafección política: propuesta desde el campo del derecho constitucional*. Disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/14925>> acesso em: 17/12/2017
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Ética, direito e democracia. São Paulo: Palus, 2010.
- RAWLS, John, *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- TAVARES, José Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994, p. 93.
- ZILIO, Rodrigo Lopes. *Direito Eleitoral*. 5a ed. Porto Alegre. ed. Verbo Jurídico. 2016, p.111.

CAPÍTULO 8

IMUNIDADES PARLAMENTARES E REGIME DEMOCRÁTICO – ANÁLISE DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DAS PRERROGATIVAS DOS MEMBROS DO PODER LEGISLATIVO

Cintia Garabini Lages

SUMÁRIO: Introdução. 1. Imunidades parlamentares e separação dos poderes: uma relação intrínseca 2. Sentido e função das imunidades parlamentares no contexto do constitucionalismo moderno 3. A compreensão restritiva das imunidades parlamentares e sua assimilação a um sistema de privilégios 4. A compreensão das imunidades como um sistema de privilégios e a fragilização do regime democrático: uma análise da restrição do sistema de imunidades no âmbito do STF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Desde a Ação Penal no. 470, que possibilitou o processamento e julgamento dos membros do Congresso Nacional envolvidos no esquema de corrupção denominado pela imprensa brasileira de “Mensalão” – as decisões do Supremo Tribunal Federal que envolvem a responsabilização penal de parlamentares despertaram o interesse por parte da opinião pública brasileira, criando uma expectativa de punição exemplar.

A condenação criminal dos envolvidos na referida ação penal não expressou apenas o exercício de uma função estatal, a jurisdição, mas também importou na redefinição das relações entre os órgãos titulares de funções políticas, sobretudo as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, de modo mais específico, as estabelecidas entre o Congresso Nacional, órgão titular da competência legislativa no âmbito da União, e o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

O processamento dos membros do Poder Legislativo suscitou questões de ordem prática: podem os parlamentares serem presos durante o exercício do mandato? Presos, poderiam continuar a exercê-lo? A condenação criminal importa na perda do mandato do parlamentar ou a mesma depende de decisão da casa legislativa respectiva?

A resposta a esses questionamentos foi dada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que manifestou-se sobre a questão relativa à perda do mandado dos parlamentares condenados criminalmente na AP 470. Na ocasião, adotou a Corte o entendimento segundo o qual a condenação criminal transitada em julgado de membros do Poder Legislativo importava na perda do mandato parlamentar independentemente de decisão da Casa respectiva, aplicando-se, para tanto, o disposto no art. 92, inciso I, alíneas “a” e “b” do Código Penal.¹

Tal entendimento possibilitou a prisão do parlamentar durante o exercício do seu mandato, posto que o Deputado Federal Natan Donadon, condenado criminalmente pelo STF, teve sua prisão decretada em função da sentença penal condenatória na AP 396, ficando a cassação do seu mandato a ser deliberada pela Mesa da Câmara dos Deputados, segundo entendimento adotado pelo STF. Entretanto, este não foi o procedimento adotado pela Mesa da Câmara dos Deputados, que não apenas deixou de declarar a perda do mandato de ofício, mas submeteu a decisão acerca da perda do cargo ao escrutínio do plenário. Em primeira votação, realizada em 28 de agosto de 2013, a Câmara dos Deputados determinou a manutenção do mandato do parlamentar, uma vez que não foi obtida a totalidade dos votos necessários para a cassação (maioria absoluta). Apenas na segunda deliberação do plenário, realizado em 12 de fevereiro do ano seguinte, a Câmara determinou, por 427 votos favoráveis, a perda do mandato do parlamentar.

A exploração da opinião pública favorável a uma responsabilização exemplar levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal, esbarra, desta forma, em argumentos constitucionais imperiosos. A persecução criminal dos titulares dos cargos legislativos é regulamentada pela Constituição Federal, através de um conjunto normativo especial denominado “Estatuto dos Congressistas”. Essas normas têm por finalidade a garantia da independência da atuação do Poder Legislativo em face dos demais poderes do Estado, inclusive em face do Poder Judiciário. São garantias constituidoras de um regime normativo diferenciado, especial, corolário do princípio da separação dos poderes, cuja interpretação e atuação não pode estar a serviço de interesses políticos privados.

A adoção de uma hermenêutica limitadora das imunidades parlamentares, sob o argumento de que as mesmas configuram privilégios, sujeitos a uma interpretação restritiva, tem levado o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, a afastar parlamentares do exercício da função, a interferir na própria organização das Casas do Congresso Nacional ao determinar o afastamento de seus presidentes e, por fim, a redefinir, de forma geral e abstrata, o âmbito de aplicação das mesmas. No julgamento da Ação Penal 937,

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Diário Judicial Eletrônico, 22.04.2013. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf. Acesso em 20.07.2018.

na qual é processado o parlamentar Marcos da Rocha Mendes pela prática de crimes eleitorais, o Supremo Tribunal Federal, redefiniu os limites do foro privilegiado dos parlamentares, ao julgar a questão de ordem levantada pelo Ministro Roberto Barroso. Tal decisão restritiva do sistema de imunidades, coloca o seguinte questionamento: pode o STF, no exercício da função jurisdicional, considerando-se o caráter rígido da Constituição Federal de 1988, alterar sua própria competência por via interpretativa, restringindo o sistema de imunidades parlamentares e desconsiderando o princípio da separação de poderes, como pressuposto da lógica das imunidades parlamentares e da própria competência do STF?

Nesse sentido, o presente artigo pretende contribuir para uma discussão acerca da relevância do regime constitucional compreendido no “Estatuto dos Congressistas”, especificamente das normas constitucionais estruturantes das imunidades parlamentares, a partir do princípio da separação de poderes e do paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual se insere a Constituição Federal de 1988, de modo a compreender os limites da atuação do Poder Judiciário em face das prerrogativas constitucionalmente asseguradas aos membros do Poder Legislativo.

1. IMUNIDADES PARLAMENTARES E SEPARAÇÃO DOS PODERES: UMA RELAÇÃO INTRÍNSECA

Corolário do constitucionalismo moderno, o princípio da separação dos poderes concretiza-se pela estruturação de um conjunto de normas asseguradoras do exercício das funções políticas do Estado por órgãos independentes. Desta forma, a separação de poderes possui como elementos indispensáveis à sua realização a especialização funcional e a independência orgânica, significando que distintas funções estatais são atribuídas a distintos órgãos dotados de autonomia e independência, não existindo entre os mesmos nenhuma relação de subordinação.²

A previsão de um conjunto de normas asseguradoras da atuação livre dos titulares das funções do Estado, ao lado da previsão de garantias institucionais, referentes à organização e administração dos órgãos titulares de funções estatais, possibilita a atuação do Estado de modo imparcial.

Aos parlamentares, a Constituição Federal assegurou prerrogativas relativas ao exercício imparcial das suas funções, as denominadas imunidades material e formal, consubstanciadoras de um regime jurídico diferenciado em termos positivos, na medida em que garantem aos mesmos maior liberdade de expressão, estabelecem um foro privilegiado para o julgamento das ações

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 111

penais, preveem uma possibilidade excepcional de suspensão do processo criminal e definem as hipóteses de perda do mandato e suas condições.

Importante ressaltar que a garantia de atuação independente não se faz exclusivamente pela previsão de um conjunto especial de normas protetoras do mandato, mas exige também a adoção de um regime de vedações. Este assume a mesma finalidade das normas positivadoras do sistema de imunidades, na medida em que assegura o exercício imparcial da função representativa, bem como a realização dos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade.

Entende-se que as normas definidoras de garantias referentes aos membros do Poder Judiciário não poderiam sofrer uma interpretação dissociada das razões que a justificam, dos princípios nos quais se fundamentam e dos fins a que se destinam, em especial do princípio da separação dos poderes. São normas que integram um complexo sistema garantidor da lógica democrática, próprio do constitucionalismo moderno. É preciso ressaltar que o princípio da separação de poderes encontra-se presente ao longo de todo o texto constitucional, todas as vezes em que a Constituição brasileira, ao organizar o Estado, o faz de modo a assegurar um sistema de distribuição de funções (repartição de competências) atribuídas a órgãos que devem atuar de modo autônomo. Esses pressupostos não se restringem ao Poder Legislativo, mas a todos os Poderes do Estado.

2. SENTIDO E FUNÇÃO DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

As imunidades parlamentares são produto do processo de independência da atuação do Parlamento, adquirida no final do século XVII como resultado das revoluções liberais inglesas, sobretudo da Revolução Gloriosa (1685-1689). Esta, ao dethronar Jaime II, possibilitou a limitação do poder da monarquia em virtude da aceitação pelos novos reis da Inglaterra, Guilherme de Orange e Maria II, de uma série de normas restritivas, contidas num documento único: *Bill of Rights*. Nele se destaca, em relação ao Parlamento, a garantia de sua atuação livre e permanente através da realização de eleições periódicas e diretas para a escolha de seus membros (art. 8º); o caráter vinculante das leis aprovadas pelo Parlamento, de modo a impedir o Monarca de dispensá-las ou negar seu cumprimento através de elaboração legislativa própria (arts. 1º e 2º) e, por fim, a garantia do exercício autônomo — “que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não devem ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum” (art. 9º).³

³ O texto em sua redação original: “That the freedom of speech and debates or proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in any court or place out Parlyament”.

O *Bill of Rights*, ao introduzir o princípio da separação de poderes no constitucionalismo inglês, criou “aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana”.⁴

O constitucionalismo inglês, no que tange à organização independente e soberana do Parlamento, serviu de modelo para os demais Estados da Europa Continental. Mesmo os países que, ao contrário da Inglaterra, optaram por organizarem-se através da adoção de constituições rígidas, absorveram a teoria da independência do Parlamento como modelo.⁵

O mesmo se passa com relação ao constitucionalismo brasileiro. Todas as constituições brasileiras, com exceção da Constituição de 1937, adotaram, como instrumento de salvaguarda da independência do Poder Legislativo, um conjunto de normas asseguradoras da independência da atuação dos membros do Poder Legislativo em face dos demais poderes.⁶

A previsão constitucional de um sistema de imunidades parlamentares denota a estreita vinculação entre estas, o princípio da separação dos poderes e o regime democrático. Ressaltam Gicquel e Gicquel tratarem as mesmas de um sistema de proteção contra as ameaças ou medidas de intimidação que pode um parlamentar vir a sofrer no exercício do seu mandato, decorrendo as mesmas do princípio da separação de poderes, não devendo serem concebidas como um sistema de privilégios, mas garantias vinculadas ao exercício livre do mandato representativo.⁷ No mesmo sentido, afirma Raul Machado Horta ao rebater as críticas às imunidades dos parlamentares

as imunidades parlamentares estão universalmente vinculadas à proteção do Poder Legislativo e ao exercício independente do mandato representativo. As críticas porventura dirigidas ao instituto, na sua ampla acepção, ou à aplicação

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Sarai-va, 2005, p. 91.

⁵ Em um interessante estudo sobre o tema, cita Pedro Aleixo a extensão que alcançou a temática sobre as imunidades parlamentares no constitucionalismo mundial, referindo-se às constituições escritas de países tanto ocidentais, quanto orientais, dentre os quais destaca-se a constituição americana, a alemã, a holandesa, a afgã, a etíope, a iraquiana, iraniana, a turca, a libanesa, a libiana, a guatemalteca, a equatoriana, a argentina, entre outros estados. ALEIXO, Pedro. Imunidades parlamentares. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos – Universidade Federal de Minas Gerais, 1961, p. 33 e ss. Igualmente interessante os apontamentos de Raul Machado Horta in HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p.593.

⁶ ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos – Universidade Federal de Minas Gerais, 1961, p. 11.

⁷ GICQUEL, Jean; CICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 2009, p. 664.

que lhe vêm dando os órgãos legislativos, nos casos concretos, não dissipam os fundamentos das imunidades.⁸

A Constituição brasileira de 1988, ao estruturar o princípio da separação de poderes, definiu em seu título IV os poderes do Estado titulares de funções políticas, dentre os quais destacam-se o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Além de atribuir competências específicas ao exercício de cada órgão, a função legislativa ao Congresso Nacional, a função administrativa ao Presidente da República (auxiliado pelos ministros de estado), a função jurisdicional aos órgãos do Poder Judiciário, cujo órgão de cúpula é o Supremo Tribunal Federal, a constituição também estabeleceu, como forma de garantia da atuação independente dos órgãos e dos seus integrantes, um sistema de garantias institucionais e funcionais.

As garantias institucionais referem-se ao poder de autogoverno, auto-organização, autoadministração, autonomia financeira e possuem por finalidade a garantia da independência da instituição titular da função estatal. Já as garantias funcionais são reconhecidas ao titulares das funções estatais, aos juízes, administradores e parlamentares e têm por finalidade a garantia da atuação independente destes no exercício das suas funções. Nesse sentido é que se reconhece aos juízes as garantias da inamovibilidade, da vitaliciedade e da irreversibilidade de subsídios, ao titular do poder executivo a impossibilidade de responder pela prática de crimes estranhos ao exercício de suas funções enquanto perdurar o mandato. Nesse sentido, afirma José Alfredo de Oliveira Baracho que “não apenas os parlamentares gozam dessas prerrogativas, mas os órgãos de cúpula do Poder Executivo, os magistrados, os diplomatas e as chamadas imunidades legais ou judiciais”.⁹

No que tange aos parlamentares, a Constituição prevê um conjunto de normas que estabelecem imunidades (material e formal), vedações, as hipóteses de perda e de manutenção do mandato. A imunidade material garante ao parlamentar a liberdade de expressão necessária ao exercício da função representativa, sendo o mesmo considerado inviolável civil e penalmente por quaisquer opiniões, palavras e votos, nos termos do §2º do art. 53 do texto constitucional. As imunidades formais referem-se às hipóteses de prisão do parlamentar, normas definidoras de competência para o processamento de ação penal, suspensão do processo criminal, hipóteses de perda do mandato.

Pedro Aleixo, ao discutir as imunidades parlamentares, afirma serem as mesmas instrumento de garantia da atuação independente do Poder Legislativo.

⁸ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 591.

⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Imunidades Parlamentares. *Revista de Informação Legislativa*, a. 17, n. 68, out/dez. 1980, p. 48.

Na exposição da sua obra, colaciona o entendimento de diversos doutrinadores constitucionalistas pátrios que compartilham do mesmo entendimento, dentre os quais destacam-se Carlos Maximiliano, Ivair Nogueira Itagiba, Temístocles Brandão Cavalcanti, Alcino Pinto Falcão, Paulino Jacques, Araújo Castro, Ruy Barbosa, José Duarte, Rodrigo Otávio, entre outros.¹⁰ Todos os juristas citados compartilham do entendimento segundo o qual as imunidades parlamentares garantem o exercício independente do mandato parlamentar, asseguram as condições para o seu exercício livre e imparcial e negam o caráter de privilégio que possa vir a ser atribuído às mesmas. No mesmo sentido, Pontes de Miranda, ao comentar a Constituição de 1946, aduziu que

Sem liberdade de pensamento, sem liberdade de emitir-lo (liberdade de palavra, de opinião), não há Poder Legislativo que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo. É essencial à vida dos Parlamentos que as correntes, neles manifestadas, se pronunciem, ou teremos simples Conselho de Estado em um sistema unipartidário.¹¹

A exata configuração das imunidades parlamentares requer a distinção de alguns elementos relevantes. Afirma Santos¹² ser necessário definir se a mesma possui caráter pessoal ou não, se a renúncia é válida, quais os poderes legislativos a mesma protege, se absoluta ou relativa e se é a mesma passível de suspensão.

Ao primeiro item, responde Santos, citando Rui Barbosa, que as imunidades parlamentares não são reconhecidas em favor da pessoa do parlamentar, mas em favor das casas legislativas, razão pela qual não constituem um privilégio pessoal. Com relação à possibilidade da renúncia, entende ser a mesma inadmissível, “por aquela razão mesma, já que não garante individual, porém da instituição não cabe ao parlamentar o direito à renúncia à imunidade, embora a admitam algumas constituições latino-americanas”.¹³ A renúncia, uma vez exteriorizada, não pode ser concebida como válida, pois

Não se renuncia ao que não se lhe pertence. A renúncia, que é do Poder, está na licença dada por este Poder. O Legislativo é que pode abrir mão, neste ou naquele caso. Renunciar prerrogativa que é sua. Como age na decretação da perda de mandato, nas hipóteses constitucionais. Desse modo não há o que renunciar individualmente. A renúncia não é possível.¹⁴

¹⁰ ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos – Universidade Federal de Minas Gerais, 1961, p. 25.

¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 406.

¹² SANTOS, Ruy. *O Poder legislativo: suas virtudes e defeitos*. Brasília: [?], 1972.

¹³ SANTOS, Ruy. *O Poder legislativo: suas virtudes e defeitos*. Brasília: [?], 1972, p. 109.

¹⁴ SANTOS, Ruy. *O Poder legislativo: suas virtudes e defeitos*. Brasília: [?], 1972, p. 110.

Com relação ao âmbito de proteção das imunidades parlamentares, devem as mesmas alcançar os legislativos estaduais e municipais, nos termos definidos pela constituição do estado.¹⁵

No que tange à natureza absoluta ou relativa das imunidades, afirma Santos que a imunidade parlamentar, sobretudo a material, não pode ser concebida como absoluta, defendendo a observância de limites impostos constitucionalmente.¹⁶

Por fim, no que diz respeito ao quinto e último elemento, a suspensão das imunidades parlamentares, afirma Santos que as mesmas encontram-se vinculadas à deliberação das casas legislativas, nas hipóteses previstas na constituição do estado, afigurando-se indevida a atribuição dessa competência ao Poder Executivo.¹⁷

Contra os excessos perpetrados por parlamentares no exercício do mandato, respondem Milton Campos e Nelson Carneiro que, com relação à imunidade material (ou real, segundo um denominação clássica), as medidas regimentais que regulamentam o decoro parlamentar, possibilitam a responsabilização política do parlamentar, regulamentando hipótese de perda do mandato prevista na constituição. Lado outro, quando o excesso praticado refere-se à imunidade processual, compete à casa legislativa respectiva atuar de modo a resguardar os interesses do parlamento.

Assim, deve a suspensão do processo ser concedida “quando se tratar de ilícito praticado fora do âmbito do exercício do mandato e sem que o processo envolva qualquer propósito de neutralização da ação parlamentar do agente, em dado momento histórico”, conforme registro de Campos, Carneiro desvelado por Santos.¹⁸

Analizando a necessidade de alterações no regime constitucional das imunidades parlamentares, com o intuito de banir a o que denomina de “redutos de impunidade”, Uadi Lammêgo Bulos identifica três correntes no que tange à compreensão das imunidades parlamentares, os ultracorporativistas, que defendem a manutenção das prerrogativas tal como encontram-se definidas atualmente, os extremistas, que defendem a extinção das imunidades

¹⁵ Entretanto, afirma Santos que, como a Constituição Federal de 1967 não reconhecia as câmaras municipais como órgãos legislativos, aos vereadores não se reconhecia a titularidade das imunidades parlamentares. O mesmo não ocorre no contexto da Constituição Federal de 1988, que reconhece os municípios como entes políticos autônomos e garante aos vereadores a imunidade material restrita à circunscrição do município.

¹⁶ O art. 32 da Emenda Constitucional n. 01/69, restringia a imunidade parlamentar material nas hipóteses de prática dos crimes de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional. Ressalte-se que a limitação severa da imunidade parlamentar decorre da natureza autoritária do regime militar legitimado no poder a partir da Constituição Federal de 1969.

¹⁷ SANTOS, Ruy. *O Poder legislativo: suas virtudes e defeitos*. Brasília: [?], 1972, p. 118.

¹⁸ SANTOS, Ruy. *O Poder legislativo: suas virtudes e defeitos*. Brasília: [?], 1972, p. 108.

por considerarem-nas privilégios e os moderados, que adotam entendimento intermediário.¹⁹

Ao final, filiando-se à última corrente citada, moderada, defende o referido autor que, apesar de necessárias alterações no texto constitucional, as imunidades devem ser mantidas em razão da sua importância, a garantia da atuação independente do Poder Legislativo, equidistante às pressões do momento, preservar a democracia e garantir a liberdade de palavra e pensamento no exercício das funções parlamentares.²⁰

Desta forma, as imunidades parlamentares, longe de representarem um tratamento privilegiado próprio de uma lógica nobiliárquica, revela-se como instrumento de realização do princípio republicano. É só a partir da liberdade de expressão e de representação representados pelo *freedom of speech* e *freedom from arrest*, conferidas aos membros do Poder Legislativo, que se garante o exercício do poder político de modo limitado e responsável. Não há antagonismo entre imunidades parlamentares e princípio republicano.

3. A COMPREENSÃO RESTRITIVA DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES E SUA ASSIMILAÇÃO A UM SISTEMA DE PRIVILÉGIOS

O Supremo Tribunal Federal vem, desde o cancelamento da Súmula 394²¹, revisitando a interpretação conferida às imunidades parlamentares, em especial, a determinante do foro privilegiado. A Súmula 394, que determinava a regra da perpetuação da competência do STF (*perpetuatio iurisdictionis*) findo o mandato parlamentar não foi, segundo entendimento adotado pelo próprio STF, recepcionada pela atual Constituição, sendo este o fundamento basilar do seu cancelamento. Novo entendimento foi sedimentado, segundo o qual com o fim do mandato parlamentar, tem-se o fim da competência do STF para processar e julgar deputados e senadores pela prática de crimes, bem como outros titulares de foro privilegiado.^{22 23}

Tal entendimento foi mantido quando do julgamento da Ação Penal 333/PB, na qual figurava como réu o parlamentar Ronaldo José da Cunha

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 882.

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 882.

²¹ Súmula 394 - Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 687-4/SP. Diário de Justiça, 09.11.2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80757> Acesso em 18.07.2018

²³ O novo entendimento aplica-se da mesma forma ao Presidente e Vice-Presidente da República, os próprios Ministros do STF, o Procurador-Geral da República.

Lima, acusado do crime de homicídio na modalidade tentada. Diante da renúncia do parlamentar às vésperas do seu julgamento pelo STF, o relator da ação, Ministro Joaquim Barbosa, levantou questão de ordem requerendo, a despeito do consagrado na jurisprudência anterior do STF, a manutenção da competência do STF para o processamento do parlamentar, alegando que a renúncia em tais circunstâncias, configurava abuso do direito. Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa

Entretanto, Senhora Presidente, eu considero que a renúncia do Réu, em momento posterior à publicação da pauta desta Corte, que se deu no dia 26 de outubro, quando já anunciado, portanto, o julgamento da Ação Penal a que ele responde, não pode surtir o efeito de interromper este julgamento. A nossa ordem constitucional não pode acolher tal conduta, que constitui flagrante abuso de direito/prerrogativa, no caso concreto em análise.²⁴ (grifos originais).

Pretendeu, o Relator Ministro Joaquim Barbosa, a aplicação da norma prevista no §4º. do artigo 56, que regulamenta os efeitos da renúncia do parlamentar sujeito a investigação pelo Poder Legislativo, sob o argumento de não tratar-se a renúncia de direito subjetivo autêntico, argumento incorporado pelo Ministro Cézar Peluso.²⁵ Prevaleceu, entretanto, a tese apresentada no voto divergente do Ministro Marco Aurélio segundo a qual

Processo é processo pelo conteúdo próprio, não cabendo, também, à margem do Direito posto, por isto ou por aquilo, fixar critério estranho às balizas que o revelam orgânico e dinâmico. Ao Tribunal cumpre-se tão somente, sob pena de transformar-se em órgão de exceção, constatar o fato, constatar que já não há ação penal dirigida contra detentor de mandato eletivo, dirigida contra deputado, mas conta cidadão comum. Do mesmo que o término do mandato e a ausência da reeleição implicam o afastamento da prerrogativa de foro, voltada não à proteção do cidadão, mas do mandato, do cargo ocupado, e disso ninguém duvida, tem-se a extinção ante a renúncia.²⁶

O entendimento adotado, quando do julgamento da Ação Penal no. 333/PB, foi o de que a renúncia é ato legítimo do parlamentar e, ao pôr fim ao

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 333/PB. Diário Judicial Eletrônico, 11/04/2008. Relator Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=519979.>, p. 23, Acesso em 20.07.2018.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 333/PB. Diário Judicial Eletrônico, 11/04/2008. Relator Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=519979> p. 31, Acesso em 20.07.2018.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 333/PB. Diário Judicial Eletrônico, 11/04/2008. Relator Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=519979>, p. 78, Acesso em 20.07.2018.

exercício do mandato, encerra a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento criminal do mesmo.

Entretanto, novo entendimento foi adotado no julgamento da Ação Penal 396/RO, na qual configurava como réu o Deputado Federal Natan Donadon. Acusado da prática dos crimes de formação de quadrilha e peculato, o parlamentar protocolou junto ao STF, petição informando sua renúncia ao cargo de Deputado Federal no dia anterior ao marcado para o seu julgamento. A finalidade renúncia do parlamentar, subtrair-se o réu do julgamento perante o STF e beneficiar-se de eventual prescrição futura, foi considerada, pela Ministra Cármem Lúcia, para o prosseguimento do julgamento do feito pelo STF

Renúncia de mandato é ato legítimo, porém não se presta a ser subterfúgio para se deslocarem competências constitucionalmente definidas e que não podem ser objeto de escolha pessoal, menos ainda de ato de vontade válida a impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à fixação de pena.

No caso em pauta, o abandono do mandato pode se dar na espécie, afastando-se o réu do cargo que ocupava. Mas daí a ele poder subtrair-se ao julgamento é uma forma de fraude processual inaceitável e que frustra até mesmo regras constitucionais não apenas de competência (art. 55, inc. VI, da Constituição), mas do dever do Estado de julgar, próprio do Estado de Direito e do dever do denunciado de submeter-se ao direito segundo o sistema vigente.²⁷

A Ministra Cármem Lúcia foi seguida pelos Ministros Dias Toffoli, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, maioria dos demais Ministros do STF, sendo a única exceção o Ministro Marco Aurélio, que defendeu uma interpretação mais fiel ao texto constitucional, concernente na declinação da competência em decorrência da renúncia do parlamentar.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal altera, a partir do julgamento da AP 396/RO, seu entendimento relativo à eficácia decorrente da renúncia de parlamentar processado perante o Supremo Tribunal Federal. Registre-se que na ocasião o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento segundo o qual os efeitos decorrentes da renúncia devem ser fixados segundo a especificidade de cada caso concreto julgado por aquele tribunal, não sendo adotado um marco temporal genérico para a sua determinação.

No julgamento da Ação Penal 606/MG o Relator Ministro Roberto Barroso, após tecer considerações a favor da restrição do foro privilegiado, arguiu acerca da necessidade de se definir um marco temporal para a eficácia processual

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 396/RO. Diário Judicial Eletrônico, 28/04/2011. Relatora Ministra Cármem Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc-TP=AC&docID=622288>, p. 20, Acesso em: 20.07.2018.

da renúncia parlamentar. Propôs o Relator o estabelecimento de um critério temporal geral para o recebimento válido da renúncia de parlamentar, a saber

33. Em conclusão: proponho, assim, a superação dos precedentes pelos quais a renúncia do parlamentar, em qualquer tempo, implica o declínio da competência do STF para outro juízo. Em lugar disso, fica estabelecido que, a partir do recebimento da denúncia, o fato de o parlamentar vir a renunciar é ineficaz no que se refere à competência criminal originária do STF.

34. Muito embora considere que o recebimento da denúncia é o marco temporal adequado para se aferir os efeitos processuais da renúncia do parlamentar, por sua consonância aos princípios constitucionais processuais e ao disposto no art. 55, § 4º, este não é o único momento possível para a definição da questão. Sem dúvida, há outras possibilidades. Porém, considero altamente indesejável a ausência de um critério geral. O exercício da jurisdição deve ser o menos discricionário possível, sobretudo em matéria penal. Há, portanto, outros marcos temporais que podem ser adotados, como, por exemplo, o final da instrução. Penso que a inclusão do processo em pauta é um marco demasiadamente tardio, na medida em que continuaria a permitir a mudança voluntária de última hora. Devo ressaltar que nenhum desses dois critérios impediria a perda da competência no presente caso.²⁸

Entretanto, o critério temporal genérico não foi adotado por ocasião do julgamento da Ação Penal 606, face à forte resistência estabelecida pelo Ministro Marco Aurélio, Presidente da 1ª. Turma (onde a ação era processada). Segundo o Ministro Marco Aurélio, a competência constitucional do STF tem caráter absoluto, não admitindo prorrogação como a competência de natureza relativa. Aduziu, ainda, ser inconcebível definir-se no julgamento do caso concreto tese geral a ser aplicada em processos futuros, o que importaria em pré-julgamento de casos inexistentes. Ressaltou o caráter vinculante das normas constitucionais, inclusive com relação ao Supremo Tribunal Federal, seu guardião.²⁹

Destarte, não foi neste julgamento que restou fixado o marco temporal geral delineador da eficácia da renúncia. Tal marco veio a ser estabelecido quando, em fevereiro de 2017, o Ministro Roberto Barroso levantou questão de ordem no julgamento da Ação Penal 937/RJ, com a finalidade de revisar o sistema de imunidade parlamentar formal relativa ao foro privilegiado.³⁰

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal 606/MG. Relator Roberto Barroso. Diário Judicial Eletrônico, 18/09/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761662>, p. 16, Acesso em 20.07.2018.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal 606/MG. Relator Roberto Barroso. Diário Judicial Eletrônico, 18/09/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761662>, p. 37, Acesso em 20.07.2018.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal no. 937. Rel. Ministro Roberto Barroso. Questão de Ordem. 1a. Turma. Brasília, 20 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4776682>, p. 4. Acesso em 20.07.2018.

Após reconstruir as idas e vindas do processo, cuja competência foi alterada em função do réu ter assumido, em momentos distintos da sua carreira política, o cargo de Deputado Federal, quer como suplente, quer como titular, aduziu o Ministro Roberto Barroso que a imunidade formal relativa ao foro privilegiado precisa ser revisto. Nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso

8. O sistema é feito para não funcionar. Mesmo quem defende a ideia de que o foro por prerrogativa de função não é um mal em si, na sua origem e inspiração, não tem como deixar de reconhecer que, entre nós, ele se tornou uma perversão da justiça. No presente caso, por exemplo, as diversas declinações de competência estão prestes a gerar a prescrição pela pena provável, de modo a frustrar a realização da justiça em caso de eventual condenação. De outro lado, a movimentação da máquina do STF para julgar o varejo dos casos concretos em matéria penal, apenas contribui para o congestionamento do tribunal, em prejuízo de suas principais atribuições constitucionais.³¹

O Ministro Roberto Barroso afirmou que a alteração do regime jurídico das imunidades parlamentares depende de uma modificação urgente do Direito a ser realizada pelo órgão legislativo. No caso, por tratar-se de matéria regulada pela constituição, a competência para a alteração do sistema de imunidades parlamentares pertence ao Congresso Nacional, no exercício da função constituinte derivada. O reconhecimento da competência do órgão legiferante, contudo, não impediu que a matéria fosse discutida e decidida pelo STF.

O Ministro Roberto Barroso apresentou razões filosóficas, estruturais e de justiça justificadoras da alteração do regime de imunidades, quais sejam, respectivamente: i) a configuração de um sistema de privilégio; ii) a incapacidade de uma corte constitucional operar simultaneamente como um juízo de primeira instância; iii) a impunidade decorrente da demora no processamento dos feitos no âmbito do STF.³²

A “necessidade imperiosa” da alteração da regra constitucional que determinada a imunidade processual formal, como assim a qualifica o Ministro Roberto Barroso, é demonstrada estatisticamente. O reconhecimento da competência do Congresso Nacional para a sua realização também é afirmada, entretanto, entende o referido ministro que uma interpretação restritiva, principiologicamente fundamentada poderia substituir a atividade constituinte de forma válida

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal no. 937. Rel. Ministro Roberto Barroso. Questão de Ordem. 1a. Turma. Brasília, 20 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4776682>, p. 3. Acesso em 20.07.2018.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal no. 937. Rel. Ministro Roberto Barroso. Questão de Ordem. 1a. Turma. Brasília, 20 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4776682>, p. 4. Acesso em 20.07.2018.

12. Como intuitivo, uma alteração substancial do modelo vigente deve-se dar por meio de emenda constitucional a ser aprovada pelo Congresso Nacional. Já existem em tramitação diversas propostas nesse sentido. Porém, a mudança da realidade fática e da percepção de qual seja o melhor direito podem e devem produzir modificações na interpretação constitucional. É possível reduzir o problema representado pelo foro privilegiado mediante uma interpretação restritiva do seu sentido e alcance, com base no princípio republicano e no princípio da igualdade. Para discutir essa possibilidade interpretativa, a presente ação penal deve ser afetada a julgamento pelo Plenário.³³

Desta forma, o Ministro Roberto Barroso, Relator da AP 937/RJ, submeteu ao Pleno do Supremo Tribunal a questão relativa à interpretação restritiva das normas constitucionais, ressalte-se, todas as normas constitucionais definidoras de competência originária em razão da prerrogativa de função. A questão de ordem foi julgada definitivamente em 03.05.2018. Na oportunidade, o STF fixou as seguintes teses

(i) o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionado às funções desempenhadas; e (ii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho para a apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.³⁴

Desta forma, depois de muito esforço por parte, sobretudo do Ministro Roberto Barroso, restou assentada uma nova norma definidora da competência do Supremo Tribunal Federal, bem como de todos os demais órgãos do Poder Judiciário, quando a mesma for estabelecida em função da prerrogativa de função. Também cristalizou-se o entendimento anteriormente adotado pelo Supremo Tribunal Federal com relação aos efeitos decorrentes da renúncia.

4. A COMPREENSÃO DAS IMUNIDADES COMO UM SISTEMA DE PRIVILÉGIOS E A FRAGILIZAÇÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO: UMA ANÁLISE DA RESTRIÇÃO DO SISTEMA DE IMUNIDADES NO ÂMBITO DO STF

Como buscou-se reconstruir, o regime normativo diferenciado, denominado pela doutrina pátria de “Estatuto dos Congressistas”, não configura um

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal no. 937. Rel. Ministro Roberto Barroso. Questão de Ordem. 1a. Turma. Brasília, 20 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4776682>, p. 5. Acesso em 20.07.2018.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 937. Rel. Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Data: 03.05.2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4776682>. Acesso em 20/07/2018.

sistema de privilégios, mas a defesa da atuação independente do Poder Legislativo. “As críticas porventura dirigidas ao instituto, na sua acepção ampla, ou à aplicação que lhe vem dando os órgãos legislativos, nos casos concretos, não dissipam os fundamentos das imunidades”, afirma Raul Machado Horta.³⁵

Entretanto, a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria pressupõe uma desconfiguração das imunidades parlamentares enquanto instrumento de salvaguarda de direitos fundamentais, já que tem por finalidade assegurar a representação popular de modo independente. Ao desconsiderarem o teor das normas constitucionais que estabelecem a vedação de prisão aos parlamentares³⁶, que vinculam a perda do mandato às deliberações da Casa respectiva³⁷, concebe-as o Supremo Tribunal Federal como um sistema de privilégios, incompatível com o princípio da igualdade, como se depreende da fala do Ministro Joaquim Barbosa, ao afirmar que “não há por que se criar exceções para A, B ou C em função dos cargos que exercem”.

Não se desconsidera a dificuldade relativa à administração de uma vasta competência em matéria penal. Entretanto, a competência por prerrogativa de função, sobretudo aquela atribuída ao Supremo Tribunal Federal, tem caráter absoluto e somente pode ser objeto de alteração por via de emenda constitucional, não estando a mesma à disposição do STF.

Após o cancelamento da Súmula 394, o que se deu em virtude da sua inadequação em face da nova (atual) constituição, os argumentos trazidos à baila nas várias decisões do STF e que importaram na restrição da imunidade processual relativa ao foro privilegiado tangenciaram questões de política administrativa da própria competência do STF, afirmaram o que seria melhor para o tribunal na qualidade de corte constitucional caso a regra fosse outra, daí, mudar-se a regra. A proposta de um novo critério geral para a definição da competência originária do STF extrapola os limites de uma interpretação restritiva, consubstanciando uma verdadeira atividade legislativa. O STF redefiniu, por via jurisdicional, a sua própria competência, ao mesmo tempo em que restringiu a imunidade formal relativa ao foro privilegiado dos parlamentares.

Tal posicionamento fragiliza o regime democrático, fundado no princípio da separação dos poderes e no reconhecimento e na garantia de direitos fundamentais. Conceber as imunidades parlamentares como privilégios de uma classe, denota, por parte do STF, uma incompreensão do sistema de direitos assegurados pela Constituição, bem como uma incompreensão do

³⁵ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 591.

³⁶ Art. 53, §2º da Constituição Federal dispõe que “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

³⁷ Nas hipóteses contempladas no §2º. do art. 55 da Constituição Federal de 1988.

próprio paradigma de estado no qual se insere a constituição brasileira, o procedural.

Sendo assim, a análise das normas definidoras das imunidades parlamentares realizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da AP 937/RJ, ressente-se de uma compreensão que considere o princípio da separação de poderes, que permita a reconstrução das razões históricas e teóricas que levaram à adoção do sistema de imunidades e justificação do mesmo em face dos princípios consagrados na constituição brasileira, cuja interpretação deve resguardar a integridade do direito brasileiro.

CONCLUSÃO

Objetivou-se, com o presente trabalho, contribuir para uma discussão acerca da relevância do regime constitucional compreendido no “Estatuto dos Congressistas”, através da reconstrução do sentido que a mesma assume no contexto do constitucionalismo moderno.

O sistema de imunidades, ainda que imperfeito, tem por fim a garantia da autonomia parlamentar no exercício da sua função, é, portanto, um desdobramento do princípio da separação de poderes. Este, apesar de configurar uma cláusula pétreia, não impossibilita o seu aperfeiçoamento pela via adequada, o processo constituinte. A questão posta inicialmente, a saber, se o STF pode, no exercício da função jurisdicional, considerando-se o caráter rígido da Constituição Federal de 1988, alterar sua própria competência por via interpretativa, restringindo o sistema de imunidades parlamentares e desconsiderando o princípio da separação de poderes, como pressuposto da lógica das imunidades parlamentares e da própria competência do STF, tem uma resposta, portanto, negativa.

REFERÊNCIAS

- ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos – Universidade Federal de Minas Gerais, 1961.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Imunidades Parlamentares. Revista de Informação Legislativa, a. 17, n. 68, out/dez. 1980, p. 33 a 64.
- BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1940.
- BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. 48^a. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 687-4/SP. Diário de Justiça, 09.11.2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80757> Acesso em 18.07.2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 333/PB. Diário Judicial Eletrônico, 11/04/2008. Relator Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519979>. Acesso em 20.07.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 396/RO. Diário Judicial Eletrônico, 28/04/2011. Relatora Ministra Cármem Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622288>. Acesso em: 20.07.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Diário Judicial Eletrônico, 22.04.2013. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf. Acesso em 20.07.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal 606/MG. Relator Roberto Barroso. Diário Judicial Eletrônico, 18/09/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761662>. Acesso em 20.07.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal no. 937. Rel. Ministro Roberto Barroso. Questão de Ordem. 1a. Turma. Brasília, 20 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4776682>. Acesso em 20.07.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 937. Rel. Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Data: 03.05.2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4776682>. Acesso em 20/07/2018.

BULOS, Uadi Lammégo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CALGARO, Fernanda. *Prisão de parlamentares do mensalão “rompe tradição antiga”, diz Joaquim Barbosa*. UOL notícias, 13/12/2013. Acesso em 11/03/204. <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/12/19/prisoes-de-parlamentares-do-mensalao-rompem-tradicao-antiga-diz-joaquim-barbosa.htm>

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FILHO, João de Oliveira. *Legislativo: Poder Autêntico*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GICQUEL, Jean; CICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 2009.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

SANTOS, Ruy. *O Poder legislativo: suas virtudes e déficits*. Brasília: [?], 1972.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE

CAPÍTULO 9

A JUDICIALIZAÇÃO BRASILEIRA EM CONTRAPONTO COM A CLASSIFICAÇÃO ONTOLOGICA PROPOSTA POR KARL LOEWENSTEIN

*Fabricio de Almeida
Alexandre Pereira Pinto Ormonde
Jean Eduardo Aguiar Caristina*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A judicialização das políticas públicas no Brasil. 2. Princípios e limites da jurisdição. 3. A judicialização no Brasil frente à classificação ontológica da nossa Constituição segundo Karl Loewenstein. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema proposto cuidará da classificação ontológica da Constituição Federal Brasileira de 1988 conforme proposta de Karl Loewenstein diante do fenômeno da judicialização das políticas públicas no Brasil.

Analisaremos a classificação constitucional de Loewenstein a partir da análise do uso que os detentores do poder fazem do texto constitucional, que lhes é apresentado como supremo diante das demais normativas.

Desta feita, considerando tal temática, será analisada se, frente à judicialização política no Brasil, a classificação ontológica normativa é de fato ou pretende ser em nossa Constituição Federal Brasileira de 1988.

Para tanto, será delineada a conceituação do termo judicialização, princípios e limites, com apresentação da classificação ontológica das Constituições - elaborada por Karl Loewenstein - e os posicionamentos doutrinários em nossa constituição, bem como o contraponto dos tribunais ora julgados em dissonância a classificação tida como normativa.

A justificativa apresentada para pautar a escolha do tema, bem como a elaboração do presente artigo está relacionada ao fato de que, ao se analisar a proposta aqui apresentada para abordagem, vislumbra-se a sua relevância tanto para a academia como para a comunidade científica. Isso porque se trata de temática inserida no âmbito da classificação das Constituições, o que se pre-

tende fazer à luz da concretização dos seus ditames, analisando o fenômeno jurídico da judicialização das políticas públicas no Brasil.

Fora dos bancos acadêmicos, entende-se que tal abordagem interessa, também, à sociedade de um modo geral, tendo em vista que se contemplará, no presente artigo, a análise de diretivas importantes que são conferidas ao tema sob análise, que são de interesse efetivo da coletividade pela intrínseca relação que é estabelecida com os direitos e garantias fundamentais.

Buscando proporcionar melhor estruturação ao desenvolvimento do presente estudo, optou-se pela sua subdivisão em seções, que foram elaboradas para fornecer respostas aos objetivos delineados para a pesquisa.

Sendo assim, na primeira seção, propõe-se conceituar o termo judicialização, destacando a sua efetivação na contemporaneidade como forma encontrada pelos operadores do Direito para fazer com que o poder público cumpra com os deveres a ele impostos pelo texto constitucional.

Na segunda seção, propõe-se apresentar a classificação ontológica das Constituições elaborada por Karl Loewenstein, destacando os posicionamentos da doutrina sobre a classificação ontológica da Constituição Federal Brasileira de 1988 e seus principais argumentos.

Na terceira seção, objetiva-se analisar a classificação ontológica da Constituição Federal Brasileira de 1988 diante da judicialização das políticas públicas no Brasil. Para tanto, será rememorada a definição do fenômeno jurídico da judicialização, bem como apontadas as bases constitucionais que sustentam a sua existência.

1. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Conforme apontamentos feitos por Cambi, “jurisdição” é termo derivado do latim, mais precisamente da expressão *juris dictio*, cujo significado é o de “[...] dizer o direito diante de um conflito de interesses”¹.

Trata-se, pois, a jurisdição de atividade que se aperfeiçoa no ato de dizer o direito em uma situação concreta, na qual existe um conflito de interesses, segundo a etimologia da palavra.

Para Chiovenda², contudo, o conceito de jurisdição traz em si a ideia de substitutividade, a ser compreendida, conforme o autor, como o exercício pelo Poder Público de seu poder soberano, já que a sua essência está relacionada a uma atuação em substituição das partes no processo, fazendo com que prevaleça, no caso concreto, a vontade proferida pela lei.

¹ CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Papnótica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 3.

² CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2000.

Considerando tal conceito, Chiovenda³ reforça a perspectiva que se tem do monopólio do Estado no desempenho da jurisdição, já que a ele incumbe o poder de transformação do magistrado em mera figura singular, considerando que, para decidir, deve ele se ater ao texto de lei. Entretanto, como fora bem anotado por Neves⁴, esta visão acerca da jurisdição, com forte nuance centralizadora, passou a não mais atender, com o passar dos anos, os anseios da população.

Tal afirmação, ainda segundo Neves⁵, se pauta no fato de que o sentimento que se passou a cultivar, encontrando guarida na doutrina, foi de que uma mera aplicação da lei, tal qual propôs Chiovenda⁶, ia contra a própria essência da função jurisdicional. Isso porque, conforme Neves⁷, os resultados obtidos em função de seu exercício não faziam frente aos conflitos que surgiam dos novos direitos, especialmente dos que foram denominados como sendo de segunda geração – quais sejam, os direitos sociais –, surgidos na primeira metade do século XX⁸.

Em vista disso, buscando a desmistificação do formalismo exagerado que era até então o que se encontrava em vigor, surgiu uma nova corrente de pensamento no direito processual, qual seja, a instrumentalista⁹, que, segundo Neves¹⁰ (2015), abandonou os aspectos técnicos do processo, buscando conferir-lhe feição com maior capacidade de criticidade, analisando os resultados efetivos produzidos na vida das pessoas pelo desenrolar processual.

Com o advento da teoria instrumentalista, passou-se a vislumbrar um movimento de transformação do processo em instrumento para a promoção da pacificação social, abandonando, assim, o escopo que vigia anteriormente, voltado praticamente com exclusividade para o viés jurídico¹¹.

Sendo assim, possível asseverar que se abandonou o ator de dizer o direito pura e simplesmente para, ao invés, manter estrita observância aos

³ CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2000.

⁴ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁵ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁶ CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2000.

⁷ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁸ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁹ DIDIER JR., F. *Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973*. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁰ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

¹¹ DIDIER JR., F. *Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973*. Salvador: JusPodivm, 2016.

escopos de ordem social, política e educacional, mostrando-se, com isso, uma aproximação do desempenho da atividade jurisdicional com os anseios do povo^{12 13}.

Importantes apontamentos também são feitos por Calamandrei. Isso porque, para o autor, não é possível estabelecer um único conceito para a jurisdição, que tenha a sua validade estendida a todos os tempos e povos, em função da relatividade histórica que se vivencia no desenvolvimento da humanidade. No entanto, o autor concordava com a premissa de que a jurisdição se mostra como sendo um braço da legislação, tal qual se pode evidenciar na leitura do trecho abaixo colacionado, extraído de sua obra

Na vida do Estado, o momento legislativo ou normativo não pode ser entendido separado do momento jurisdicional: legislação e jurisdição constituem dois aspectos de uma mesma atividade contínua que pode ser denominada, em sentido lato [...] atividade jurídica: primeiro, ditar o direito e depois fazê-lo observar; primeiro, o estabelecimento e depois o cumprimento do direito. A jurisdição aparece, então, como necessária prossecução da legislação, como indispensável complemento prático do sistema da legalidade¹⁴.

Modernamente, conforme Greco Filho, é possível contemplar uma atividade jurisdicional que se subsume em atividade secundária, na qual a inércia é apontada como característica primeira da jurisdição, que se apresenta como sendo uma atividade cujo objetivo é substituir ou restringir a atuação das partes, de modo a impedir que elas, per si, exerçam seus direitos. Sendo assim, para o autor, atualmente, a jurisdição atuaria “[...] por meio de um instrumento que é o processo, e aos interessados a ordem jurídica outorga o direito de ação, isto é, o direito de pleitear em juízo, a prevenção ou reparação das violações dos direitos”¹⁵.

Segundo Cappelletti¹⁶, no Estado contemporâneo, ao se analisar a função social do Judiciário, tem-se que esta se encontra adstrita à preservação da sociedade, o fazendo por meio de uma atuação realista e prática dos magistrados.

Importante relembrar, ainda, que, conforme o autor, a função jurisdicional é concretizada a partir de um processo judicial, consistindo a sua essência

¹² NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

¹³ DIDIER JR., F. *Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973*. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁴ CALAMANDREI, P. *Direito processual civil: estudos sobre o processo civil*. Trad. de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiry. Campinas: Bookseller, 1999, p. 107.

¹⁵ GRECO FILHO, V. *Tutela constitucional das liberdades (mandado de segurança, ação popular e ação civil pública)*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 11, n. 6, p. 315-323, jun. 1995, p 317.

¹⁶ CAPPELLETTI, M. *Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

na aplicação de normas em situações concretas nas quais a lide, caracterizada pelo conflito de interesses, se faz presente¹⁷.

De igual modo, cumpre, ainda, fazer menção às considerações de Montesquieu e sua grande contribuição para o estudo nos apontamentos que fez em relação à separação dos Poderes e a atribuição que se conferia a cada um deles

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo não há liberdade. Porque pode temer se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça as leis tirânicas para executá-las tiranicamente. [...] Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto do Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria legislador. Se estivesse junto com no Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor¹⁸.

Na visão de Masson¹⁹, inclusive, a limitação do poder, que se dá com a repartição proposta no texto constitucional, é uma das características do constitucionalismo brasileiro, buscando se evitar que todo o poder fique concentrado nas mãos de somente uma pessoa, como ocorre no regime absolutista, no qual o poder é autoritário e absoluto.

Contemporaneamente, contudo, conforme lição de Barcellos é possível se fazer menção a um Neoconstitucionalismo, que rompe as amarras existentes com o sistema anterior

O prefixo neo parece transmitir a ideia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional.²⁰

Ainda segundo o autor, sob um ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo na atualidade é fincado sobre três premissas fundamentais: de normatividade da Constituição, que assume que as disposições constitucionais são normas jurídicas, sendo, em razão disso, dotadas de imperatividade; da superioridade do texto da Constituição sobre as demais normas jurídicas existente no ordenamento jurídico vigente, demonstrando a concepção de que

¹⁷ CAPPELLETTI, M. *Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

¹⁸ MONTESQUIEU, C. de S. *O espírito das leis*. 6. ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999, p.169-170.

¹⁹ MASSON, N. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

²⁰ BARCELLOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun, 2005, p. 83.

se tem uma Constituição rígida; e da centralidade da Constituição nos ordenamentos jurídicos, de forma que a compreensão de todos os outros ramos do Direito deve ocorrer a partir dos ditames constitucionais. Na visão de Barroso (2009), tratam-se estas de características que foram herdadas de um processo histórico que transformou a Constituição, de um documento que tinha baixa imperatividade e visível essência política, em uma norma jurídica suprema, que detém todos os aspectos decorrentes desta concepção.

Também em Ávila é possível contemplar o fundamento normativo do neoconstitucionalismo como sendo o da instituição de princípios nas Constituições do pós-guerra, das quais se tem, no Brasil, o texto da Constituição Federal Brasileira de 1988 como exemplo. Nesse sentido, assim expõe o autor no trecho adiante colacionado

Embora possa haver muita discussão a respeito de quais foram as teorias, métodos, ideologias ou movimentos jurídicos mais marcantes no período de vigência da Constituição de 1988, dúvida alguma existirá com relação ao fato de que o fortalecimento do que se convencionou chamar de Neoconstitucionalismo foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil. É certo que não há apenas um conceito de Neoconstitucionalismo. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do Neoconstitucionalismo. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural Neoconstitucionalismo (s). Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais - ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou em menor intensidade - desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de Neoconstitucionalismo: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); Ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); Justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta aplicação da Constituição em vez da lei)²¹.

Há que se verificar que, como fora destacado por Ávila²², uma das mudanças fundamentais que foram trazidas pelo Neoconstitucionalismo foi justamente a ampliação da atuação do Poder Judiciário, que passou a adentrar nas tratativas de questões que, até então, eram abrangidas somente pelos Poderes Executivo ou Legislativo. Tal assertiva é melhor compreendida quando se

²¹ ÁVILA, H. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 2.

²² ÁVILA, H. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

analisa o conceito de ativismo judicial, também denominado judicialização, que fora proposto por Barroso (2009), adiante transcrito

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação na sociedade²³.

Destarte, por judicialização tem-se a sobreposição, pelo Judiciário, da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, já que este, no desempenho de sua função jurisdicional, atuaria em questões que são originalmente afins à atuação dos outros Poderes. Também nesse sentido é o trecho que ora se transcreve, extraído de artigo produzido por Sundfeld e Domingos, que assim argumentam

As crescentes demandas por políticas públicas e por direitos sociais, com a invocação de normas constitucionais ou legais programáticas, indeterminadas, são um autêntico desafio contemporâneo. Frustradas ou questionadas em outras esferas, essas demandas chegam ao Judiciário e muitas vezes vão parar no Supremo Tribunal Federal. Como se comporta o STF? Em geral, essas oportunidades são usadas pelos ministros para construir enfáticos votos de elogio a essas normas e de afirmação da existência, nos casos, de verdadeiros direitos subjetivos. É comum também a crítica veemente da omissão do legislador e da displicência da administração Pública quanto aos direitos fundamentais ou sociais²⁴.

Diante do exposto, é possível contemplar a judicialização das políticas públicas no Brasil como uma atuação do Poder Judiciário na decisão de questões que, originalmente, seriam da esfera de atuação dos outros Poderes, quais sejam, Executivo e Legislativo. Não obstante desta aparente invasão de competência, sustentam Sundfeld e Domingos (2014) que esta atuação não é inconstitucional, não ferindo a separação dos Poderes porque o Judiciário somente atua em casos nos quais os outros Poderes se quedam inertes, não cumprindo com os deveres que foram a eles atribuídos pelo texto da Carta Política vigente no país.

²³ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

²⁴ SUNDFELD, C. A.; DOMINGOS, L. *Supremocracia ou administrocracia no novo direito público brasileiro?* Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 159, p. 18-23, maio 2014, p. 20.

2. PRINCÍPIOS E LIMITES DA JURISDIÇÃO

A respeito dos princípios, as primeiras considerações a serem feitas demandam, para melhor entendimento, a definição do termo “princípio”, demonstrando a relevância que tal instituto assume no direito brasileiro.

Conforme Nunes, Horta e Bueno²⁵, em uma concepção de caráter jusnaturalista, é possível evidenciar os princípios como sendo metajurídicos. Nesta roupagem, segundo os autores, eles estão situados logo acima do direito positivo, exercendo sobre ele função prioritária e corretiva, com o reconhecimento de sua prevalência sobre as leis que os afrontam.

Ainda segundo Nunes, Horta e Bueno²⁶, tem-se nos princípios a expressão de valores que não comportariam contrariedade por parte de leis positivas, tendo em vista que, como bem expõem os autores, estão relacionados às regras de direito natural.

Já na concepção do positivismo jurídico, segundo lição evidenciada por Silva, os princípios estariam situados no ordenamento jurídico de um país em posição infralegal - ou seja, dentro das leis nas quais estão previstos, exercendo, com isso, função integrativa de lacunas. Segundo o autor, os princípios seriam considerados normas gerais, que derivam das leis positivas. Não são ilimitados, porém, estando a sua aplicação limitada pelos parâmetros estipulados pelo conjunto das normas vigentes, que podem ser modificadas quando os seus fundamentos, oriundos do direito positivo, forem alterados²⁷.

Na visão de Rothenburg²⁸, os princípios reduzem a discricionariedade jurisdicional, vinculando o legislador. Neste contexto, Fazoli²⁹ aponta que os princípios possuem três funções distintas: a integrativa, a normativa e a interpretativa. Moreira e Fróes³⁰ (2013), em igual lição, dispõem que as funções dos princípios são a função orientadora, a função fundamentadora e a função de fonte subsidiária.

No direito brasileiro, os princípios são apresentados como fontes secundárias do Direito, ressaltando o seu caráter subsidiário. Neste sentido, segundo

²⁵ NUNES, D.; HORTA, A.F. *A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o Novo Código de Processo Civil*. BUENO, Cássio Scarpinela (Org.). Novo CPC. São Paulo: Ed. Artmed Panamericana/IBDP. 2015.

²⁶ NUNES, D.; HORTA, A.F. A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o Novo Código de Processo Civil. BUENO, Cássio Scarpinela (Org.). Novo CPC. São Paulo: Ed. Artmed Panamericana/IBDP. 2015.

²⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁸ ROTHENBURG, Walter Claudio. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p.18.

²⁹ FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. *Princípios jurídicos*. Revista UNIARA, Araraquara (SP), n. 20, 2007.

³⁰ MOREIRA, E.R., FRÓES, R.D.R.M. Direito Constitucional. Princípios Penais Constitucionais. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 v. 21 n. 84 jul./set.

Moreira e Fróes, sua função seria a de suprir as lacunas que foram deixadas pela lei, que, a seu turno, no direito brasileiro, é posta como fonte primária de interpretação das leis, nos termos do que prediz o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

No entendimento dos autores Nunes, Horta e Bueno³¹, dentre os princípios que direcionam a atividade jurisdicional no Brasil, estão os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da segurança jurídica, da presunção da inocência e do duplo grau de jurisdição.

O princípio do devido processo legal, de acordo com o disposto por Neves³², revela-se insculpido no texto da Constituição Federal de 1988 no inciso LIV de seu artigo 5º.

Este, trata-se de princípio por meio do qual se tem disposição de que ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou bens sem que seja proporcionado o devido processo legal. Ressalta, porém, o autor que, ao considerar o seu conteúdo, é possível encontrar um princípio-base, com conceito de caráter indeterminado³³.

Sobre o assunto, importante lição é dada por Nunes, Horta e Bueno³⁴, ao sustentarem que ao legislador constituinte bastaria, em relação aos princípios processuais, restringir-se à previsão de incidência do devido processo legal, que, na prática, na visão dos autores, já se teria elementos por si só tanto no ideal do justo como nos valores que são postos como essenciais à sociedade para que o magistrado, na análise do caso concreto, identificasse outros princípios que dele são derivados.

Para Didier Jr.³⁵, a cláusula genérica relativa ao devido processo legal serve para tutelar os direitos e as garantias típicas ou atípicas que, a seu turno, emergem da ordem jurídica. Desse modo, na visão do autor, é necessário fundar tais garantias nas colunas democráticas que se erguem por eleição da nação, passando, com isso, a se constituir o fim último de oferecer oportunidades equilibradas e efetivas no processo.

³¹ NUNES, D.; HORTA, A.F. *A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o Novo Código de Processo Civil*. BUENO, Cássio Scarpinela (org.)Novo CPC. São Paulo: Ed. Artmed Panamericana/IBDP, 2015.

³² NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015

³³ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

³⁴ NUNES, D.; HORTA, A.F. *A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o Novo Código de Processo Civil*. BUENO, Cássio Scarpinela (org.)Novo CPC. São Paulo: Ed. Artmed Panamericana/IBDP, 2015.

³⁵ DIDIER JR., F. *Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973*. Salvador: JusPodivm, 2016.

Couture, citado por NEVES³⁶, por sua vez, contempla o devido processo legal como estando relacionado ao direito que todo cidadão tem de não ser privado de seus bens ou de sua liberdade, sem que se assegure a ele a tramitação de um processo, que se desenvolverá tal como pré-estabelecido em lei.

Na visão do autor, este princípio consagra a garantia conferida a todos de que não haverá processo sem a prévia existência de lei aplicável ao caso concreto. Ou seja, a pena criminal somente será aplicada se preexistirem requisitos relacionados à necessária observância do devido processo legal, que torne possível ao acusado realizar plenamente a sua defesa³⁷.

Já em relação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, tem-se que ambos são tratados pelo inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O teor de tal dispositivo, de acordo com Neves³⁸, dá conta de que, aos litigantes e aos acusados de um modo geral, serão garantidos, tanto no âmbito de um processo judicial como no decorrer de processo administrativo, a ampla defesa e o contraditório, que abrange, segundo o autor, o manejo de recursos e de meios que sejam inerentes ao exercício desse direito.

Igual menção, ainda segundo Neves³⁹, é encontrada no § 2º do artigo 21 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), que dispõe expressamente sobre a necessidade de se manter observância do contraditório no processo arbitral.

Para Greco Filho⁴⁰, a interligação que se faz entre a noção de ampla defesa e de contraditório pode ser mais bem compreendida ao se considerar que a ampla defesa representa a oportunidade, no andamento processual, que o réu possui de poder contraditar a acusação que é feita pelo autor e pende contra si. Já o contraditório é o meio ou instrumento que torna possível a efetivação a ampla defesa.

Nesse diapasão, conforme o autor, tais conceitos seriam indissociáveis, não sendo possível a existência de um sem o outro, na medida em que são complementares entre si⁴¹.

Didier Jr.⁴², fornece importante lição ao sustentar que a introdução do contraditório no processo se deu como forma de se conferir proteção às partes

³⁶ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

³⁷ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

³⁸ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

³⁹ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁴⁰ GRECO FILHO, V. Tutela constitucional das liberdades (mandado de segurança, ação popular e ação civil pública). *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 11, n. 6, p. 315-323, jun. 1995.

⁴¹ GRECO FILHO, V. Tutela constitucional das liberdades (mandado de segurança, ação popular e ação civil pública). *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 11, n. 6, p. 315-323, jun. 1995.

⁴² DIDIER JR., F. *Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973*. Salvador: JusPodivm, 2016.

ao longo da demanda judicial. A ampla defesa, a seu ver, deve ser concebida como outra garantia que também se vale para este fim, qual seja, o de proteção das partes durante o processo judicial.

Já o princípio da segurança jurídica, de acordo com Neves⁴³, abarca em si uma dualidade. Isso porque, conforme o autor, os princípios da ampla defesa e do contraditório revelam ramificações em duas partes distintas: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva.

A natureza objetiva está relacionada aos limites impostos à retroatividade estatal até quando se estiver diante de atos emanados do Poder Legislativo, em homenagem à necessária proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, que, no direito brasileiro, encampam a roupagem de direitos fundamentais, estão protegidos expressamente no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁴⁴.

Já a natureza subjetiva diz respeito à proteção da confiança das pessoas quanto às condutas, procedimentos e atuação em geral do Estado, considerando os mais diversos aspectos a ela concernentes. Dessa maneira, consiste em forma encontrada de se garantir aos cidadãos a proteção necessária diante da atuação estatal, de modo a conferir a eles a segurança de que necessitam para estabelecer as atividades necessárias em sua vivência diária⁴⁵.

Em relação a presunção da inocência, inscrito no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, tem-se que se trata de importante direito fundamental do acusado, na medida em que consagra a premissa estabelecida de que não se considerará ninguém culpado até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁴⁶.

Para Neves⁴⁷ (2015), o princípio da presunção da inocência, também, denominado princípio do estado da inocência e da não culpabilidade, é verdadeiro desdobramento do princípio do devido processo legal, que, conforme o autor, fora consagrado como um dos mais importantes sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

Lopes Jr.⁴⁸, por sua vez, sustenta que se trata o princípio da presunção da inocência de verdadeiro corolário do direito processual, que apresenta

⁴³ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁴⁴ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁴⁵ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme De Souza. *Manual de Direito Penal* - 12ª ed. - 2016.

⁴⁷ NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8ª ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177.

intrínseco atrelamento à civilidade, sendo decorrente de uma opção garantista que se fez em favor de uma tutela a ser conferida à imunidade dos inocentes, mesmo que, para que tal garantia se perfaça, seja necessário que algum culpável pague o preço.

Isso se dá porque, ainda segundo o autor, para a sociedade, importa que haja punição dos culpados, considerando-se que o maior interesse existente é que todos os inocentes, sem exceções, recebam a proteção estatal devida.⁴⁹ (LOPES JR., 2008).

Já o princípio do duplo grau de jurisdição, na perspectiva de Didier Jr.⁵⁰, é tido como sendo o meio utilizado para se garantir à coletividade uma maior assertividade nas decisões. Revela-se, desse modo, como recurso a ser utilizado quando se pretende a revisão de uma decisão por tribunal superior, consistindo, em razão disso, como importante mecanismo para o controle da atividade jurisdicional.

Tendo sido evidenciadas tais considerações, será o capítulo seguinte destinado a diferenciar, na perspectiva de Lenio Streck, a disciplina dirigente da disciplina dirigida no âmbito do Direito Constitucional, cumprindo, com isso, com o segundo objetivo específico elaborado para esta pesquisa.

3. A JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL FRENTE À CLASSIFICAÇÃO ONTOLÓGICA DA NOSSA CONSTITUIÇÃO SEGUNDO KARL LOEWENSTEIN

Segundo Streck⁵¹, as Constituições são classificadas de várias formas diferentes, mantendo observância a diversos critérios. Uma destas classificações, conforme Masson⁵², é apresentada por Loewenstein⁵³, que as considera diante da realidade vivenciada no momento histórico de sua elaboração. Trata-se, conforme o teórico, de classificação que obedece a critérios ontológicos.

Ontologia, em Filosofia, é o estudo da essência de algo, do ser em si. Na classificação das Constituições, portanto, remete ao que se busca realmente em um texto constitucional, revelando-se, assim, aquilo que os seus destinatários e detentores realizam na prática. Seguindo tal concepção, Loewenstein classificou

⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8^a ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177.

⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8^a ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177.

⁵¹ STRECK, L. L. Hermenêutica e aplicação do Direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso das leis dos crimes hediondos. In: *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos*, 2006. Anais, p. 107-128.

⁵² MASSON, N. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

⁵³ LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel, 1970.

as Constituições em normativas, nominalistas, também denominadas nominais, ou semânticas⁵⁴.

As Constituições normativas são aquelas que estabelecem limites ao poder político em seu texto, sendo estes, de fato, respeitados na realidade. Trata-se, portanto, de texto característico de regimes democráticos de direito, possuindo plena efetividade e eficácia na realidade social, com observância pelos detentores do poder, bem como do processo político. Há nessas Constituições uma inserção plena no meio social, ocorrendo, consoante uma espécie de simbiose entre a comunidade do país e o que dispõe a Lei Fundamental.⁵⁵

As Constituições nominalistas, muito embora contenham regras que, tal como as Cartas normativas, também delimitem o poder político, tal delimitação não é concretizada na realidade. Elas são, pois, dotadas de validade jurídica, mas não de efetividade existencial. A inexistência dos pressupostos que fazem com que uma Constituição seja classificada como normativa ocasionam a falta de êxito das Constituições nominais em adaptar os fatores reais de poder às suas normas ou, ainda, de dominação dos mesmos ao seu ordenamento⁵⁶.

As Constituições semânticas, também denominadas instrumentalistas, não apresentam qualquer pretensão de limitação do poder político estatuído.

Servem, pois, tão somente para conferir a legitimidade formal necessária aos detentores de tal poder. Em razão disso, tem-se as Constituições semânticas como sendo características de regimes autoritários, simbólicas, servindo apenas para formalizar o poder político em prol dos detentores daqueles que são denominados fatores reais de poder.⁵⁷

Segundo Furian⁵⁸, ao se analisar o texto da Constituição Federal Brasileira de 1988, é possível classificá-la como uma Constituição nominalista, tendo em vista que, embora possua eficácia jurídica, não apresenta, porém, eficácia social.

Para o autor, a classificação proposta por Loewenstein, muito embora seja do século passado, ela se mantém e demonstra a sua atualidade, verifique-se que a realidade na qual é baseada, apesar da velocidade de transformação impressa pela modernidade às circunstâncias sociais, não teve a capacidade de alcançar, em grande parte dos países, Constituições que foram classificadas como normativas⁵⁹.

⁵⁴ CUNHA JÚNIOR, D. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

⁵⁵ LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel, 1970.

⁵⁶ LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel, 1970.

⁵⁷ LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel, 1970.

⁵⁸ FURIAN, L. *Classificação das Constituições conforme Karl Loewenstein*. Conteúdo jurídico, 12 de novembro de 2014. 05h. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,classificacao-das-constituicoesconforme-karl-loewenstein,50603.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁵⁹ FURIAN, L. *Classificação das Constituições conforme Karl Loewenstein*. Conteúdo jurídico, 12 de novembro de 2014. 05h. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,classificacao-das-constituicoesconforme-karl-loewenstein,50603.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

Cunha Júnior⁶⁰, por sua vez, sustenta que o texto da Carta Política de 1988, muito embora expresse ditames que permitam a sua classificação ontológica como normativa, não é possível assim considerá-la, haja vista que a realidade social não aponta para a sua efetividade, devendo, por esta razão, ser considerada nominalista.

Na jurisprudência pátria, vários são os exemplos que apontam para a assertividade de tal afirmação relacionadas à judicialização de políticas públicas no país, como o caso em que o paciente obtém mandado de segurança para a realização de procedimento médico⁶¹ em detrimento dos argumentos da Municipalidade, ou, no mesmo sentido, da decisão que, em sede de Recurso Especial⁶², determina o fornecimento de atendimento hospitalar e cirurgia para extração de pedras no rim, sob pena de multa diária.

Sendo assim, o que se tem é que, muito embora tenha cariz de Constituição normativa, ao se analisar a sua efetividade social, tem-se que a Constituição de 1988 revela-se com nuances de Constituição nominalista, segundo classificação estabelecida por Loewenstein das Constituições.

CONCLUSÃO

Como destacado ao início, analisamos a classificação ontológica da Constituição Federal Brasileira de 1988 diante da judicialização das políticas públicas no Brasil. Destacamos, ainda, os princípios e limites da jurisdição tal como descritos pela doutrina pátria e alienígena.

Apresentamos a classificação ontológica das Constituições elaborada por Karl Loewenstein de modo a investigar os posicionamentos da doutrina sobre a classificação ontológica da Constituição Federal Brasileira de 1988 e seus principais argumentos.

O estudo aqui proposto demonstra que, no Brasil, a judicialização das políticas públicas é uma realidade bem presente nos tribunais pátrios, apresentando-se na contemporaneidade como forma encontrada pelos administrados de fazer com que o Poder Público cumpra com o seu dever constitucional de proporcionar meios para a efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, tem-se que a classificação feita por Karl Loewenstein das constituições permite considerar o seu texto como normativo, nominalista ou semântico.

⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, D. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

⁶¹ SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ/SP, Apel. 879435000, Relator: Des. Paulo Dimas Mascaretti, 8^a Câmara de Direito Público, Julg. 03/06/2009.

⁶² BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ, Resp 738577/RS, 2^a Turma, Publ. DJ 21/03/2006, p. 117)

Sendo assim, e considerando as definições que foram dadas pelo teórico às classes em relação ao critério ontológico, bem como considerando a situação atual do país, é possível considerar a Constituição Federal Brasileira de 1988 como uma constituição nominalista, que almeja ser normativa, na medida em que, não obstante delimitar o poder político, o que a caracterizaria como normativa tais limites não são observados em situações concretas, o que a enquadraria como nominalista.

E a judicialização das políticas públicas no país parece ser a causa que mais bem explica tais apontamentos, tendo em vista que o poder público não torna efetivo o uso e gozo de direitos fundamentais pela coletividade tal como preconizado pelo texto da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, H. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARCELLOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.
- BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2009.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STJ, Resp 738577/RS, Órgão julgador: Segunda Turma, Publ. DJ 21/03/2006.
- CALAMANDREI, P. *Direito processual civil: estudos sobre o processo civil*. Trad. de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.
- CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Papnótica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007.
- CAPPELLETTI, M. *Processo, ideologias e sociedade*. Porto Alegre: Fabris, 2008.
- CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2000.
- CUNHA JÚNIOR, D. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DIDIER JR., F. *Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios jurídicos. *Revista UNLARA*, Araraquara (SP), n. 20, 2007.
- FONSECA, J. J. S. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.
- FURIAN, L. *Classificação das Constituições conforme Karl Loewenstein*. Conteúdo jurídico, 12 de novembro de 2014. 05h. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,classificacao-das-constituicoesconforme-karl-loewenstein,50603.html>>. Acesso em: 10 dez. 2107.
- GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GRECO FILHO, V. *Tutela constitucional das liberdades (mandado de segurança, ação popular e ação civil pública)*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 11, n. 6, jun. 1995.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel, 1970.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8^a ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*, 12. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MASSON, N. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MONTESQUIEU, C. de S. *O espírito das leis*. 6. ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.

MOREIRA, E.R., FRÓES, R.D.R.M. Direito Constitucional. Princípios Penais Constitucionais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 v. 21 n. 84 jul./set.

NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NUCCI, Guilherme De Souza. *Manual de Direito Penal* - 12^a ed. - 2016.

NUNES, D.; HORTA, A.F. *A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o Novo Código de Processo Civil*. BUENO, Cássio Scarpinela (Org.). Novo CPC. São Paulo: Ed. Artmed Panamericana/IBDP. 2015

RICHARDSON, R. J. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p.18.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJ/SP, Ap. 879435000, Relator: Des. Paulo Dimas Mascaretti, Órgão julgador: 8^a Câmara de Direito Público, Julgado em: 03/06/2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, L. L. *Hermenêutica e aplicação do Direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade - o caso das leis dos crimes hediondos*. In: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos, 2006. Anais... p. 107-128.

SUNDFELD, C. A.; DOMINGOS, L. *Supremocracia ou administrocracia no novo direito público brasileiro?* Fórum Administrativo - FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 159, p. 18-23, maio 2014.

VERGARA, S. C. *Projetos e relatórios de pesquisa em Administração*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPÍTULO 10

O MODELO DE DESJUDICIALIZAÇÃO COLABORATIVA DA EXECUÇÃO CIVIL PORTUGUESA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS SEUS ÓRGÃOS ATUANTES

*Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Alexandre Augusto Fernandes Meira*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Práticas colaborativas no processo civil: uma nova óptica procedimental. 2. A reforma da execução civil em Portugal. 3. Os agentes de execução. 4. A Comissão para Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça. 5. Os juízes de execução. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Tendo em consideração que a função precípua da Justiça deve ser a adequada, correta e concreta solução dos litígios, principalmente à luz dos primados da celeridade e razoável duração do processo, subsistiam evidentes problemas sociais, no Estado português, de uma impossibilidade efetiva, em tempo hábil, de se cobrarem as dívidas já vencidas, o que passou a ser enfrentado, de forma mais rigorosa, a partir das reformas legislativas de 2003 e 2008 que introduziram um modelo desjudicializado e colaborativo na execução civil portuguesa, caracterizado pela quebra do monopólio das atividades judiciárias de condução e direção do processo por parte do Estado-juiz – atividades judiciárias não-jurisdicionais, segundo Antônio de Pádua Ribeiro¹ –, paradigma o qual restou mantido pelo ulterior Código de Processo Civil de 2013.

¹ Controle da atividade judiciária. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 28, n. 111, jul./set. 1991, p. 335-346. Segundo a classificação deste autor que ora se adota para os atos emanados do Poder Judiciário, tem-se sua divisão em atos judiciários (decorrentes da atividade judiciária) como gênero, dos quais os atos jurisdicionais, também ditos judiciários em sentido estrito (havidos em consequência de atividade jurisdicional, ou seja, de composição dos litígios em nome do Estado), consubstanciam espécie que se configura em paralelo a outra, existente em razão do exercício de outras funções, mediante atividades judiciárias não-jurisdicionais, as quais são diversificadas, incluindo atos de jurisdição voluntária, bem como, no caso do Brasil, de autogoverno do Poder Judiciário (e não apenas da magistratura), de cunho legislativo e, ainda, censórios e disciplinares (correicionais), normativos (regulamentares), administrativos em sentido estrito (nomeação, demissão e

Com efeito, conhece-se, sob um ponto de vista de crescimento da economia nacional dos Estados, quão nefastos são os efeitos desestimulantes decorrentes das dificuldades ou da demora para o percepimento judicial de créditos por parte dos respectivos agentes econômicos, implicando, quase que inevitavelmente, desaceleração ou estagnação do referido crescimento e, em consequência, risco financeiro para as empresas com, deste modo, aumento do número de desemprego e da informalidade de mercado.

Tais efeitos negativos, hoje, são inclusive considerados como colaterais, no caso de Portugal, em função da sua adesão à política globalizante e neoliberal, nomeadamente no que concerne aos investimentos internos e exteriores, como também ao aumento do poder aquisitivo com incentivo ao consumo, sem que, para tanto, houvessem sido previamente implementados mecanismos capazes de tornar o Judiciário português preparado para tal empreitada.

Em verdade, dentro do contemporâneo contexto regional de crise da União Europeia, economias que apresentem níveis significativos de inadimplência, *maxime* ante a expressiva massificação do consumo por meio de incentivos estatais e regionais, acabam por gerar um elevado aumento de ações executivas por pequenas dívidas, em indesejada sobrecarga do Poder Judiciário de certos Estados-membros que, a seu turno, acarreta dificuldades ou impossibilidades de uma efetiva e célere satisfação de direitos creditícios, a impor-se, em consequência, como um fator de desinteresse por parte de investidores, como ocorrido em Portugal.

Acima de tudo, a recente realidade portuguesa expressava um tradicional quadro institucional de ineficiente e inefetivo funcionamento do sistema judicial (tal qual acontecia em parte significativa dos Estados-membros da União Europeia), consoante observado antes das reformas de 2003 e 2008 no instituto da execução civil, alterações legislativas estas que em sua essência, conforme dito, restaram resguardadas pelo Código de Processo Civil de 2013.

É a partir das referidas reformas nos procedimentos de execução que se tem o surgimento da novel figura de um operador privado (o agente de execução²), o qual passa a ser visto como a via pela qual se deveria buscar um resultado que pudesse reverter as implicações verificadas quanto ao descrédito público sobre a capacidade do Estado lusitano em promover uma prestação jurisdicional não apenas eficiente, mas efetiva e célere, sendo que tal descrédito

¹ promoção de servidores públicos, realização de licitações públicas etc) e demais de natureza anômala (*Ibidem*, p. 335-336).

² O agente de execução português tem sua inspiração a partir dos *Huissiers de Justice* do Direito francês, também existentes na Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Grécia, entre outros Estados europeus, como, outrossim, no *Sheriff Officer*, havido na Escócia. Na Alemanha e na Áustria há, ainda, a figura do agente de execução (*Gerichtsvollzieher*), malgrado, no caso, seja um agente público da Justiça, remunerado pelos cofres públicos.

se notava alimentado pela desconfiança generalizada dos cidadãos europeus e operadores econômicos no sistema judicial português.

Ante tal circunstância, evidenciam-se nesse quadro os motivos para as reformas da ação executiva no processo civil lusitano, quais sejam, adequar Portugal às diretrizes da União Europeia, tornar o processo executivo mais célere e efetivo mediante uma duração razoável do processo, bem como combater a morosidade da melhor forma e com o menor custo possível, e, deste modo, com a maior eficiência segundo critérios objetivos de uma otimicidade paretiana almejada.

Assim, no estudo aqui empreendido serão apresentadas razões de distintos matizes que se verificam presentes na gênese das reformas ocorridas em 2003 e 2008, designadamente vinculadas à criação de novos paradigmas processuais alicerçados em uma visão de ruptura com a forma de tramitação anterior e tradicional, mediante a introdução de práticas judiciárias procedimentais colaborativas (também ditas cooperativas), por intermédio de um profissional liberal, com sujeições e prerrogativas de ordem pública (*munus* ou funções públicas), a quem fora autorizada a realização de atos de condução e direção processual, como também o cumprimento de determinações advindas do juiz de execução.

De conseguinte, em função da mudança do paradigma jurídico das ações executivas no Direito Processual Civil português, neste aspecto distanciando-se de suas raízes romano-germânicas, implementou-se a ideia reformadora colaborativa de atribuição a um terceiro particular das atividades judiciais (ou judiciárias) procedimentais e, por isso, não jurisdicionais, para se proporcionar a pretendida maior celeridade de tramitação.

A continuidade da implantação de tal tendência procedural cooperativa introduzida pelas reformas de 2003 e 2008, há que se mencionar, trouxe a necessidade de se coadunar não só a, por isso, renovada e reinterpretada figura (haurida do Direito Administrativo) do particular em colaboração à Administração Pública (enquanto agente no exercício de *munus* público³) com a processualística tradicional, mas também com o advento do novo Código de Processo Civil português de 2013, porquanto, tendo este mantido intacta a essência estrutural das reformas supracitadas quanto às ações de execução, acabou por permitir o convívio destas com as hodiernas medidas de aperfeiçoamento processual que encerra, em evidente busca da efetivação do direito fundamental do acesso à justiça e concretização das tutelas jurisdicionais executórias.

O fenômeno desjudicializante cooperativo traz questionamentos quanto aos limites e à possibilidade de transferência a particulares de competências

³ Vide: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 30^a ed., 2013, p. 255-258.

estatais, *maxime* em razão de encerrarem o inerente *jus imperii* (também dito *jus variandi*). A respeito das atividades judiciárias procedimentais e sua atribuição a um terceiro particular em viabilização a uma efetiva dicção do Direito por parte do Estado-juiz, o qual, assim, passa apenas a fiscalizar esta atuação (no caso, dos agentes de execução) ficando com mais tempo para se atter às atividades jurisdicionais típicas e exclusivas da magistratura, vale salientar que tal proceder, embora não seja da tradição de ordenamentos jurídicos como, *e.g.*, o brasileiro e o português, é medida que, ressalvados pontos de dissonância, tem sido implementada e aceita pela doutrina europeia atual, consoante relata Rachel Nunes de Carvalho Farias⁴.

Tal situação, vale frisar, não implica atribuição de *jurisdictio* a particulares – vez que o Estado-juiz permanece como titular exclusivo de tal mister (de prolação da tutela jurisdicional executiva para solução dos conflitos creditícios) –, mas de competências próprias às sujeições e prerrogativas judiciárias procedimentais (inclusive de direção processual), havendo, de conseqüente, a transferência, segundo disposições legais expressas, de atribuições administrativo-procedimentais mediante fiscalização estatal (*in casu*, repita-se, por parte do Estado-juiz, o juiz de execução).

Com as reformas, como se verá adiante, os atos judiciários procedimentais são demandados do Poder Judiciário para que, simplesmente, o agente de execução possa exercer tal atividade administrativa, ou por atribuições próprias, ou executando atos emanados do juiz de execução (o principal sujeito do processo), livrando-o para deter-se, precipuamente, à atividade jurisdicional para resolução dos conflitos de acordo com o modelo de desjudicialização da execução civil estabelecida no Direito Processual português.

À luz dessa realidade fático-jurídica ora trazida, e mediante o corte metodológico utilizado no estudo aqui desenvolvido, passa-se a expor a nova óptica procedural desjudicializante e as práticas colaborativas que com ela são adotadas no processo civil, verificando, em seguida, a tessitura que envolveu a reforma da execução civil em Portugal, bem como as implicações no cotidiano de sua aplicação, com a verificação, na subsequência, da repartição das competências aos envolvidos, quais sejam, os agentes de execução, a Comissão para Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça e os juízes de execução, de sorte a extraírem-se conclusões genericamente replicáveis à análise de ordenamentos jurídicos similares, como o brasileiro, na busca de soluções para problemas congêneres.

A metodologia de trabalho, assim, deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa baseada na interdisciplinaridade do tema ao envolver discussões de Direito Administrativo e Processual Civil no que

⁴ **Desjudicialização do processo de execução:** o modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira. Curitiba: Juruá, 2015, p. 29-30.

tange à possibilidade e aos limites de atribuição da própria atividade judiciária procedural a particulares no processo de execução civil (agente de execução), de modo a galgar-se, com isso, maior celeridade e eficiência na gestão da justiça em prossecução de uma integral efetividade da prestação jurisdicional por parte do juiz de execução.

Desse modo, devem-se utilizar métodos que permitam avaliar como, e em que medida, a aplicação de uma nova regulação emparceirada dos atos judiciários procedimentais pode viabilizar um plano de ação que torne o processo de execução civil português mais efetivo e célere, obtendo maior eficiência na concreção da tutela jurisdicional para satisfação dos créditos inadimplidos.

Será propósito deste trabalho, portanto, uma análise avaliativa das recentes reformas executivas civis portuguesas, valendo-se, para tanto, do método dedutivo, tomando como base estudos doutrinários e, principalmente, os conceitos produzidos pelas disposições processuais civis do ordenamento jurídico português, segundo a técnica de abordagem bibliográfica, para construir conceitos sobre o tema que possam produzir uma reflexão crítica a respeito da problemática, sob um enfoque jurídico, em esfera global e também no âmbito dos Estados que adotem sistema jurídico similar, como é o caso do Brasil.

1. PRÁTICAS COLABORATIVAS NO PROCESSO CIVIL: UMA NOVA ÓPTICA PROCEDIMENTAL DESJUDICIALIZANTE

De acordo com João Pedroso, a desjudicialização é apenas uma das facetas imbricadas de um complexo processo social mais amplo, o processo de desregulação social, que pode ocorrer em sentido amplo ou sob a forma de desjuridificação; esta, a sua vez, subdivide-se em deslegalização, informalização da justiça e desjudicialização⁵, o que, para o contexto deste estudo pode ser entendido enquanto uma desregulamentação estatal de atividades judiciárias não-jurisdicionais de cunho administrativo.

Segundo os ensinamentos de Celso Fernandes Campilongo, a tríade desformalização, deslegalização e desregulamentação caracteriza o Estado dito neoliberal, ao evidenciar uma redução da sua intervenção direta em certas questões econômico-sociais⁶, *maxime* à luz dos chamados constitucionalismo⁷ e adminis-

⁵ Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça: uma nova relação entre o judicial e o não judicial. **Revista Direito e Democracia**, vol. 4, n. 1, 1º sem. 2003, p. 62-66. Disponível em: <www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/download/2446/1672>. Acesso em 19.11.2017.

⁶ O Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista USP**. São Paulo, Coordenadoria de Comunicação Social (CCS), n. 21, 1994, p. 116-125. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26940/28718>. Acesso em 19.11.2017.

⁷ Vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 231, jan./mar. 2003, p. 146-157.

trativismo de resultado⁸, nos quais várias expectativas materiais transformaram-se em autênticas pretensões jurídicas deduzidas pela sociedade.

Consoante elucidado, com as reformas legislativas processuais lusitanas de 2003 e 2008, ulteriormente mantidas em sua essência pelo Código de Processo Civil português de 2013, instituiu-se um modelo desjudicializado e colaborativo na execução civil, vale salientar, em rompimento com a tradição processualística romano-germânica para, tomando por base experiências de outros Estados europeus, introduzir-se uma quebra do monopólio das atividades judiciárias procedimentais por parte do Estado-juiz, subtraindo-lhe o exercício de atos burocráticos no desenvolvimento da execução civil, os quais, por sua vez, foram distribuídos ao agente de execução, o que originou uma mudança substancial na busca de um processo mais simples, ágil (célebre e de razoável duração), eficiente e efetivo.

Por isso, as questões enfrentadas por este sistema desjudicializado e colaborativo da execução civil portuguesa, em sua busca de tornar verdadeira e efetiva a tutela jurisdicional em tempo minimamente razoável dentro dos ritos procedimentais existentes, revelam a transição, a passagem de um processo judicial totalmente estatizado e monopolizado por parte do Estado-juiz, para uma nova concepção processual que incorpora nas práticas judiciárias procedimentais a chamada gestão pública emparceirada, segundo a qual o particular é chamado a colaborar, em exercício de *munus* público (a exemplo do que ocorre com os advogados), para se ter uma prestação jurisdicional mais célebre e efetiva, sem se descurar da eficiência segundo um ótimo paretiano objetivamente estabelecido.

Conforme noticiado por João Pedroso, Catarina Trincão e João Paulo Dias⁹, já a partir das décadas de 1960 e 1970 há reflexões norte-americanas advindas do modelo anglo-saxão contra o monopólio de parcela das atividades judiciárias do Estado-juiz, de sorte a buscar-se a informalidade e a descentralização dos procedimentos, em fomento à participação ativa dos cidadãos na resolução dos conflitos, mediante a retomada de técnicas preexistentes e abandonadas após a monopolização da jurisdição pelo Estado contemporâneo, não obstante devidamente adaptadas para as necessidades hodiernas, ou seja, segundo novas utilidades e práticas para procedimentos antigos.

De fato, Daniel Mitidier leciona existirem três modelos processuais, estipulados segundo uma divisão dos trabalhos a serem desempenhados pelas partes que os integram, os quais, a seu turno, são alicerçados em fatores sociais,

⁸ Vide: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 237, jul./set. 2004, p. 1-6.

⁹ *Percursos da informalização e da desjudicialização por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparativa) – Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa*. Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2001, p. 7 e ss.

éticos e lógicos¹⁰. Classificam-se, assim, em processo isonômico, assimétrico e cooperativo (colaborativo). Quanto a este último, tem-se a demonstração de uma coordenação entre indivíduo, sociedade e Estado, visando fomentar-se uma preocupação nos atores processuais que estabeleça um diálogo entre partes e Estado-juiz, de sorte a desviar-se de confrontos e iterações com acirramento de ânimos e antagonismo de posturas.

Vale salientar que, no contexto processual geral contemporâneo, as práticas colaborativas se põem lado a lado aos demais métodos consensuais de resolução de conflitos, notadamente, transação, conciliação e mediação, embora deles se diferenciem pela acentuada preocupação com a cooperação e a multidisciplinariedade na solução dos conflitos¹¹, porquanto aplicadas na concomitância da novel compreensão do formalismo-valorativo processual, qual seja, na busca de um equilíbrio entre realização da justiça material e paz social, de um lado, e, de outro, efetividade, segurança e organização interna justa na condução e direção do próprio processo (gestão processual)¹².

É de se ressaltar que a nova óptica procedural desjudicializante do processo de execução civil português se dá no âmbito das relações organizacionais cooperativas de gestão das formas de jurisdição, ou, mais precisamente, no seio das atividades judiciárias, as quais são de cunho administrativo-procedimentais e alheias ao poder jurisdicional (porquanto inerente à atividade judicante exclusiva do Estado-juiz), dizendo respeito, de conseqüente, aos atos ordenatórios atribuídos ao gente de execução, voltados que são para um eficiente andamento processual de exécção colimando sua concreção e, assim, o adimplemento dos créditos pretendidos.

Dante de tal compostura, é evidente a interconexão entre a novel relação jurídico-administrativa, de cunho colaborativo, dialógico, isto é, concertado - relação esta, no caso em tela, devidamente enfeixada na figura do agente de execução -, e o procedimento de exécção judicial, a estabelecer uma hodierna e inovadora dinâmica de gestão processual, claramente cooperativa, a prol de maior eficiência e efetividade. Com efeito, a respeito do contemporâneo significado da referida relação jurídico-administrativa, Luís S. Cabral de Moncada esclarece

¹⁰ Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. *In: Temas atuais de direito processual civil - vol. 14.* MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2^a ed., 2011, p. 63-103.

¹¹ FÜRST, Olívia. Práticas colaborativas: novos paradigmas do Direito. *In: MARODIN, Marilene; MOLINARI, Fernanda. Mediação de conflitos: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática.* Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016. p. 71-73.

¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras complementares de processo civil.* Salvador: Jus Podivm, 7^a ed., 2009, p.62-71.

A perspectiva «relacional» do contacto entre a Administração e os cidadãos comprehende diversos fenómenos permanentes que se manifestam de diferentes maneiras mas que se enquadram numa estrutura geral. A estrutura do contacto actual entre a Administração e os cidadãos é decisivamente marcada pela ideia da participação com reflexos no âmbito procedural e processual e exigindo até uma nova orgânica apta a dar-lhe vazão, de que se tratará posteriormente. Como é sabido, no Estado Social intervencionista generalizaram-se formas de participação na formação da decisão administrativa e de colaboração variada entre os cidadãos e o poder que ficaram conhecidas por concertação e que modificaram necessariamente a orgânica administrativa...¹³

E segue o autor afirmando

(...) certamente que a participação e a concertação facilitam em muito o contacto bilateral entre a Administração e a cidadãos, embora desta realidade não devam ser retiradas consequências apressadas... Pelo que toca à concertação, dita económica e social, as coisas não são diferentes. Trata-se de um fenómeno muito amplo, cujas manifestações não podem ser aqui completamente esclarecidas. A concertação ou consensualidade é uma alternativa à tradicional unilateralidade da decisão e actuação administrativas. Nesta medida, manifesta também o fenómeno da participação administrativa e a presença do interesse privado na formação da mesma decisão, repudiando as concepções, tão apreciadas no nosso país, para as quais o interesse público se opõe necessariamente ao privado e é exclusivo da Administração, o que tem consequências dogmáticas vastíssimas no direito administrativo, mas que não podem ser agora e aqui tratadas... Releva de uma metodologia democrática de obtenção da decisão administrativa muito embora por seu intermédio também não se verifique uma autêntica repartição do poder de decidir pois que o nível respectivo se fica sempre pela fase preparatória da mesma decisão, sem retirar à Administração os seus poderes unilaterais de decisão¹⁴

Nesse diapasão, é de se esclarecer no caso português ora enfocado, o *jus imperii* não foi subtraído do Estado-juiz, ao qual ainda é dado a fiscalização e revisão de todos os atos processuais e procedimentais, exercendo evidente e imprescindível atividade correicional, de tutela, podendo-o fazer inclusive *ex officio* na qualidade de corregedor permanente do juízo, segundo entendimento que ora se adota, embora de forma parcimoniosa e emparceirada com a CAAJ - Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares de Justiça e a OSSE - Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, entidades precípua e legalmente estabelecidas para o controle direto (conforme um modelo de intervenção judicial mínimo) das atividades dos agentes de execução.

¹³ **A relação jurídica administrativa:** para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009 p. 143.

¹⁴ *Ibidem*, p. 143-145.

2. A REFORMA DA EXECUÇÃO CIVIL EM PORTUGAL

Até o ano de 2003, Portugal tinha um sistema processual com concentração das atividades procedimentais de execução de títulos enfeixadas no Judiciário, mais especificamente nas mãos do Estado-juiz, controlador e gestor do processo, o qual promovia, dirigia e administrava as diligências necessárias para sua boa tramitação.

Contudo, um cenário de excessivo congestionamento e morosidade de processos, em muito influenciado pelas cobranças de dívidas decorrentes dos percalços econômicos pelos quais o Estado lusitano vinha passando, conduziu a uma série de demandas de baixa complexidade e valores, as quais, em agravamento do quadro, tomavam demasiado tempo e recursos dos tribunais portugueses.

Aliado, outrossim, à mencionada tendência de harmonização de sistemas jurídicos na União Europeia, por conta do processo integracionista, tal contexto impulsionou um movimento político de redução da presença do Estado no âmbito judiciário, o que se deu por meio da transferência de certas funções à iniciativa privada, mais especificamente à figura dos agentes de execução.

Tal tendência, diga-se de passagem, já não era inédita no histórico de reformas portuguesas, as quais, em que pese não terem sido até então estendidas ao processo de execução civil, consubstanciavam-se nos “...procedimentos que, antes desta opção legislativa ter tido lugar, já visavam compor situações que não se configuravam como verdadeiros litígios, ...”¹⁵.

Nesse diapasão, um grande passo fora dado com a edição do Decreto-lei n. 38/2003 que, ante seu objetivo de proporcionar maior eficiência e concreta salvaguarda dos direitos creditícios em Portugal, trouxe uma primeira tentativa de se instituir celeridade, razoável duração e efetividade na tramitação das exussões advindas do aumento de litigiosidade nas últimas décadas.

E tal desiderato se deu permitindo maior atenção por parte do Estado-juiz ao julgamento das lides, cuja pendência implicava um significativo gargalo na fase de execução, mediante o acolhimento de algumas ideias de desjudicialização em voga na Europa.

Este modelo cooperativo de execução, de fato, prima por transferir várias funções para os agentes de execução, sem, contudo, instituir a quebra da reserva jurisdicional e do controle judicial, ou seja, com o Estado-juiz estando a todo momento gozando das sujeições e prerrogativas inerentes à fiscalização e ao controle da gestão das atividades judiciárias (de cunho administrativo) de que apenas fora liberado para centrar-se naquelas voltadas à jurisdição propriamente dita.

Porém, conforme asseverado por Miguel Teixeira de Sousa, esta primeira reforma, com suas significativas e relevantes alterações em comparação ao

¹⁵ FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. **Desjudicialização do processo de execução:** o modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira. Curitiba: Juruá, 2015, p. 72.

modelo tradicional há muito então vigente, acabou por entrar em vigor “... sem que o terreno estivesse inteiramente preparado para a receber”¹⁶, o que implica afirmar que não havia ainda uma preparação necessária para que tais medidas reformadoras pudesse ser absorvidas pela cultura processual portuguesa em um espaço tão curto de tempo.

Os problemas foram vários, ou seja, desde a falta de recursos humanos e materiais, até os deficitários treinamento e qualificação dos profissionais que viriam a figurar como agentes de execução, bem como a cobrança de honorários considerados elevados e incompatíveis com os valores das execuções de pequenas montas, passando, por outro lado, pela previsão de diligências em excesso que representavam ainda importantes entraves burocráticos.

E, no intento de se contornar os problemas dessa ordem em atenção às deficiências da reforma em 2003, cinco anos depois foi editado o Decreto-lei n. 226/2008, que entrou em vigor em março de 2009, inclusive ampliando a desjudicialização que já havia sido implantada, razão esta pela qual José Lebre de Freitas o batiza como a “Reforma da Reforma”¹⁷.

Dessa sorte de acontecimentos, foram adotadas medidas como: i) ampliação da informatização do processo (o sistema CITIUS para juízes e advogados; e o sistema SISAAE/GPESE para os agentes de execução); ii) a criação de uma lista pública onde apareciam as execuções infrutíferas por inexistência de bens dos executados; iii) as reservas na atuação do juiz, como controlador do processo, tão somente acionado para solução de eventuais conflitos; e iv) a criação de uma Comissão para o controle externo da eficácia das execuções.

A principal mudança, no entanto, veio no sentido de se reforçar o papel do agente de execução, com o aumento de suas atividades para a prática de determinados atos materiais executivos, com o exercício de atribuições públicas para a realização de todas as diligências necessárias à boa e adequada tramitação do processo, sob o controle do juiz de execução.

Além do aumento de contingente e melhora da remuneração, também adveio a autorização legal para a livre destituição do agente de execução por parte do exequente, em decorrência de motivo relevante. Conforme observa Flávia Pereira Ribeiro, a relação entre ambos torna-se similar à de um mandato de direito privado, a despeito do desempenho de função pública envolvida, o que, inclusive, gerou uma divergência doutrinária quanto à natureza jurídica de tais profissionais¹⁸.

¹⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu? In: *Novos rumos da Justiça Civil*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 2009, p. 5.

¹⁷ O primeiro ano de uma reforma executiva adiada. In: **Balanço da reforma da ação executiva (encontro anual de 2004)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 8.

¹⁸ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128.

Ocorreu, ainda, um favorecimento à tutela do interesse do exequente pelas medidas a seguir elencadas: i) publicidade da situação patrimonial do executado; ii) supressão do direito de o executado nomear bens à penhora; iii) busca e iniciação da expropriação do bem mais acessível; e iv) presunção de titularidade de todos os bens na posse do executado¹⁹.

Dentre os meios eletrônicos postos ao dispor do agente de execução para a realização de suas diligências a prol da satisfação dos créditos em excussão, tem-se: i) consulta eletrônica ao Banco de Portugal; ii) penhora eletrônica de saldos bancários; iii) penhora eletrônica de móveis e imóveis sujeitos a registro e tributações próprias, como IRS (Imposto sobre o Rendimento de pessoas Singulares), IRC (Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas), IVA (Imposto sobre o Valor Acrescentado) etc.; iv) consulta eletrônica às bases de dados dos Serviços de Finanças; v) consultas eletrônicas às bases das Conservatórias (Civil, Comercial, Predial, de Automóveis, RNPC - Registo Nacional de Pessoas Coletivas etc.), Segurança Social e Caixa Geral de Aposentações, entre outras; e vi) consulta eletrônica ao registo informático de execuções.

Ressai evidente, desse modo, que, com as alterações propostas pelas Reformas de 2003 e 2008, o Estado português abandonou parcialmente, como dito alhures, o modelo tradicional de origem processualística romano-germânica, cuja matriz das atividades judiciárias é exclusivamente pública, a exemplo de outros Estados-membros da União Europeia, para a incorporação de um sistema de caráter misto (público-privado), mais similar ao da execução civil francesa.

Ulteriormente, vale ressaltar, o Novo Código de Processo Civil português (CPC/13), que entrou em vigor a partir de 1 de setembro de 2013 com o advento da Lei n. 41/2013, a despeito de algumas mudanças pontuais concernentes à execução, manteve a essência das reformas de 2003 e 2008 anteriormente implantadas, fazendo com que passassem a coexistir de forma simultânea e harmônica, em razão da desjudicialização promovida na fase de excussão, as figuras do agente de execução, do juiz de execução, Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução (OSAE) e da Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça (CAAJ), consoante a seguir se analisará.

3. OS AGENTES DE EXECUÇÃO E A ORDEM DOS SOLICITADORES E DOS AGENTES DE EXECUÇÃO²⁰

A reforma da ação executiva civil portuguesa, a partir do Decreto-lei n. 38/2003, expressa um avanço rumo à desjudicialização do processo de execu-

¹⁹ *Ibidem*, p. 129.

²⁰ A respeito, vide: PORTUGAL. Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução (OSAE). O agente de execução. Disponível em: <http://solicitador.net/pt/pag/OSAE/profissao-agente-de-execucao/1/1/1/99>. Acesso em: 02.02.2018.

ção, ao distribuir competências judiciais para um novo ator processual, o solicitador de execução, que, ulteriormente, passou a ser denominado agente de execução pela dita “Reforma da Reforma”.

Esse profissionais liberais de formação jurídica, cujos controles (inclusive fiscalizatório) foram atrelados à então Câmara dos Solicitadores (sob atual denominação de OSAE - Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução), e que, até então, somente tinham atribuições jurídicas menores, num dado momento, passaram a desempenhar atividades inerentes ao papel de agentes de execução, praticando todas as atividades vinculadas às diligências do processo de execução: citações, notificações, publicações, penhoras, avaliações, vendas e pagamentos²¹.

Assim, com o desempenho dessas atividades, os solicitadores de execução liberariam não só os juízes de execução, como também os serventuários das secretarias judiciais para o desempenho de outras atividades, em tese implicando maior agilidade, isto é, celeridade e razoável duração na tramitação processual.

Entretanto, tal transferência de atividades não foi bem sucedida, conforme descrito por Ivan Alemão²², principalmente por força de, à época, serem em pouca quantidade e possuírem formação e conhecimento técnicos deficitários, vez que seus tradicionais afazeres orbitavam em torno de questões patrimoniais relacionadas, *e.g.*, a direitos empresariais. Por isso, a partir do Decreto-lei n. 226/2008 passou a existir a possibilidade de também os advogados atuarem como agentes de execução, desde que obtivessem a devida habilitação.

Os agentes de execução e suas atividades, hodiernamente, estão regulados pela Portaria n. 282/2013, do Ministério da Justiça, e pelo Novo Código de Processo Civil português de 2013, o qual, em seu art. 719º, item “1”, prevê expressamente caber a estes profissionais efetuarem todas as diligências de execução, incluindo as citações, notificações e publicações, bem como consultas a bases de dados, penhoras e seus registros, liquidações e pagamentos.

A escolha destes agentes é feita pelo exequente mediante requerimento eletrônico, a partir de uma lista prévia disponibilizada pela então Câmara dos Solicitadores (sob atual denominação de OSAE - Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução), sendo possível tanto sua substituição quanto sua destituição, havendo, para tanto, a necessidade de fundamentação, conforme as disposições do art. 720º, “1” a “8”, do CPC/13.

De acordo com o art. 43º, da Portaria n. 282/2013 do Ministério da Justiça, a remuneração dos agentes de execução consiste em honorários, sob

²¹ A respeito, vide: RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013; ALEMÃO, Ivan. Reforma da execução em Portugal: desjudicialização ou privatização? In: Âmbito Jurídico, Rio Grande do Sul, X, n. 41, maio 2007, s/n. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1867. Acesso em 19.11.2017.

²² *Ibidem*, s/n.

reponsabilidade do exequente, mas a cargo do executado, em virtude dos serviços prestados, bem como reembolso das despesas realizadas e devidamente comprovadas.

Além disso, não possuem subordinação hierárquica em relação ao juiz de execução, por quanto, é de se acentuar, sua atividade é de cunho privado, sendo profissionais liberais que apenas são controlados e fiscalizados.

Inicialmente, com a reforma de 2003 e o surgimento de novas funções para os solicitadores de execução, seus controle e fiscalização se davam diretamente a cargo do juiz de execução, a quem então subordinados, passando a ser exercidos, com o advento da reforma de 2008 e a conversão destes em agentes de execução, pela CAAJ - Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares de Justiça e pela OSSE - Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, sendo o exercício de suas funções executórias desempenhado de forma independente.

Em tal direção, Rachel Nunes de Carvalho Farias preceitua que “...os agentes de execução, por indicar aspectos públicos de sua atividade, detêm status de auxiliares de justiça e devem respeito ao Estatuto dos Solicitadores, podendo, em caso de descumprimento, sofrer sanções disciplinares”²³. Essas sanções viriam tanto da Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares de Justiça (CAAJ), quanto do respectivo órgão de classe desses agentes, qual seja, a Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução (OSSE).

Há que se observar que em razão do cunho híbrido da atividade desempenhada pelos agentes de execução, tal seja, a de profissional liberal autônomo no exercício de *munus* público em colaboração com a administração da Justiça (OSSE; CAAJ), e inclusive ante a alteração e mescla de órgãos fiscalizadores e sancionadores (em âmbitos, intensidades e extensões distintas) ao longo das reformas de 2003 e 2008, não existe consenso doutrinário acerca da prevalência de natureza pública ou privada para uma definição de suas responsabilidades estatais ou privadas²⁴.

A repercussão e desenvolvimento dessa divergência se dá, principalmente, no campo da responsabilidade pelos ilícitos praticados pelos agentes de execução, ora alocada na seara da responsabilidade civil, ora na da administrativa, com o Estado respondendo objetivamente pela ação de seus agentes nesta hipótese.

²³ **Desjudicialização do processo de execução:** o modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira. Curitiba: Juruá, 2015, p. 75-76.

²⁴ AREIAS, Maria João. A livre substituição do agente de execução por parte do exequente e o direito constitucionalmente consagrado a um processo equitativo – o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 199/2012, de 24 de Abril de 2012. **JULGAR on line**, 2012, p. 12-15. Disponível em: http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/05/A_livre_substitui%C3%A7%C3%A3o_do_agente_de_execu%C3%A7%C3%A3o_por_parte_do_exequente.pdf. Acesso em 19.11.2017.

Segundo os ensinamentos de Miguel Teixeira de Sousa, é desenvolvida a questão com os entendimentos das Cortes portuguesas de segunda e terceira instâncias em busca minudente para a solução dos conflitos em relação aos casos concretos que venham a surgir, principalmente ante a dificuldade de unificação dos entendimentos²⁵. O autor, no entanto, reforça o cunho híbrido das funções do agente de execução, por considerar que sua caracterização como puramente privado implicaria a quebra da qualidade do seu dever de imparcialidade²⁶.

Vale salientar que, nas localidades (comarcas) portuguesas onde não haja agente de execução, ou não lhe for possível a nomeação, o exequente pode requerer que as diligências sejam realizadas, excepcionalmente, por oficial de justiça (escrivão de direito, escrivão-adjunto e escrivão auxiliar, conforme o disposto nos arts. 1º e 3º, do Estatuto dos Funcionários de Justiça), o qual é nomeado conforme as regras de distribuição, cujas funções, assim havidas por residuais, encontram-se amparadas pela previsão do art. 722º, do CPC/13.

Assim, o oficial de justiça assume a prática das diligências executivas, tal como um agente de execução, quando da ocorrência de casos em que: i) o Estado ou Ministério Público estejam atuando no polo exequente; ii) quando não existir agente de execução inscrito em certa localidade (comarca) onde seja necessária a prática de atos executivos; e iii) em execuções de baixo valor, se assim optar o exequente pessoa física e o crédito não for decorrente de atividade industrial ou comercial. Em geral, todavia, os oficiais de justiça são afastados das tarefas executivas, as quais restam, mesmo, a cargo dos agentes de execução.

Os agentes de execução atuam, como se apercebe, com amplitude de atuação tanto na condução como na prática de atos executivos, com liberdade quer para realização de penhora e expropriação de bens do executado, inclusive requisitando força policial, quer para a administração do sistema de registro informático de execuções, concernente à lista com informações de execuções²⁷, como também para desempenhar a função de depositário, dentre outras providências, além de exercer poder de cognição (ainda que, em geral, de maneira superficial), consoante se depreende, *e. g.*, do previsto no art. 827º, item “2”, e art. 861º, do CPC/13, quanto a determinações registrais e de entrega da coisa, ou no art. 744º, item “2”, do CPC/13, para deferir requerimento de herdeiro para levantamento de penhora.

²⁵ SOUSA,. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu! **RePro - Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 161, jul. 2008, p. 203-205.

²⁶ *Ibidem*, p. 205 e ss.

²⁷ FARIA, Rachel Nunes de Carvalho. **Desjudicialização do processo de execução**: o modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira. Curitiba: Juruá, 2015, p. 83.

4. A COMISSÃO PARA ACOMPANHAMENTO DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Ante a ausência de mecanismos eficazes de controle dos solicitadores de execução quando passaram a exercer a função de agentes de execução, o Decreto-lei n. 226/2008, regulamentado pelo Decreto-lei n.169/2009, criou a Comissão para a Eficácia das Execuções (CPEE)²⁸. Tratava-se de comissão independente, encarregada de formar e disciplinar os agentes de execução, tendo poderes especiais até mesmo para excluir determinado agente de conduta inadequada²⁹.

Com a edição da Lei n. 77/2013, esta Comissão foi extinta, na esteira do seu art. 36º, com suas atividades sendo absorvidas pela Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça (CAAJ), entidade administrativamente independente, gozando de autonomia financeira e dotada de personalidade jurídica³⁰.

Precipuamente, esta nova Comissão tem as mesmas funções da extinta, ou seja, cuida de supervisionar, regulamentar, apreciar as reclamações, instruir e aplicar medidas disciplinares e, eventualmente, destituir auxiliares de justiça – categoria de profissionais que contemplam os agentes de execução.

Exerce estas funções acima descritas por meio de duas subcomissões: a Comissão de Fiscalização dos Auxiliares da Justiça; e a Comissão de Disciplina dos Auxiliares de Justiça.

A Comissão de Fiscalização é composta por pessoas de “*reconhecida idoneidade, independência e experiência em matéria de fiscalização de entidades públicas*”, na dicção do art. 25º, da Lei n.77/2013, e tem por competência planejar, propor e executar atividades de fiscalização dos agentes executivos, pela realização de auditorias financeiras e identificação de indícios de infrações destes profissionais³¹.

Já a Comissão de Disciplina é constituída por pessoas “*com reconhecida idoneidade, independência e experiência em matéria disciplinar ou contraordenacional*”, consoante prescreve o art. 27º, da Lei n.77/2013. Basicamente, atua em equipes de três colaboradores, devendo, necessariamente, pelo menos um destes, ter experiência como auxiliar de justiça na área da pessoa processada. Esta Comissão é competente para instaurar, instruir e julgar processos disciplinares em face de auxiliares de justiça, inclusive aplicando-lhes as devidas sanções³².

²⁸ FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. **Desjudicialização do processo de execução:** o modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira. Curitiba: Juruá, 2015, p. 89.

²⁹ PORTUGAL. Comissão para a Eficácia das Execuções (CPEE). Disponível em: http://caaj.eu/media/uploads/pages/Artigo_CPEE_Presidente_.pdf. Acesso em 02.02.2018.

³⁰ PORTUGAL. Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça (CAAJ). Disponível em: <http://www.caaj-mj.pt/>. Acesso em: 02.02.2018.

³¹ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136.

³² *Ibidem*, p. 137.

Consoante entendimento que ora se adota e já referido alhures, não obstante a competência da Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça (CAAJ) e da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução (OSAE), o juiz de execução tem a possibilidade de *ex officio*, na qualidade de corregedor permanente do juízo, também exercer a atividade correicional sobre regularidade do processo e legalidade de desempenho do agente de execução, posto que inerente a seu cargo.

Deve, como já salientado, o fazer de forma emparceirada e proveitosa com a CAAJ, suas subcomissões, e a OSAE, potencializando as competências destas para que crie uma sinergia de atuação correicional entre todos e, com isso, não se desvie do foco precípua de desempenhar a atividade jurisdicional para concreção das tutelas executórias, de modo que, assim, o desempenho desses atos de tutela reste parcimonioso e conforme um modelo de controle de intervenção mínima.

Consoante se tem notícia desde a extinta Comissão para a Eficácia das Execuções (CPEE)³³, substituída pela Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça (CAAJ), seguindo-se este referencial controlador de intervenção mínima, após as reformas legislativas processuais de 2003 e 2008, o Estado-juiz português (juiz de execução) passou, quanto aos agentes de execução, apenas a decidir reclamações³⁴ de atos e impugnações de decisões destes que lhe fossem apresentadas, inclusive com a possibilidade de requisitar esclarecimentos por parte deles, os quais haveriam de prestá-los em data aprazada.

Todavia, a destituição do agente de execução por determinação *sic et simplíciter* do juiz de execução deixou de ser viável, vez que tal atribuição que se mostrava prevista no art. 808º, n. 4, do CPC/61, foi revogada, restando as matérias relativas a controle procedural, fiscalização e disciplina dos agentes de execução, atualmente, com atribuição destinada à Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça (CAAJ) e à Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução (OSAE), como antes salientado.

Doutro lado, as menções ao poder de controle do juiz de execução sobre a atividade do agente de execução, quer no anterior Código de Processo Civil (art. 808º, n. 1, e art. 809º, n.1, primeira parte, do CPC/61), quer no Estatuto da Câmara dos Solicitadores (art. 116º, do ECS), foram retiradas com a entrada em

³³ PORTUGAL. Comissão para a Eficácia das Execuções. **Manual de Perguntas e respostas sobre a ação executiva**. 2009. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/manual-de-perguntas-e/downloadFile/_f0/MANUAL.RAE.DGPJ.11.12.2009.pdf?nocache=1260802990.99. Acesso em: 02.02.2018.

³⁴ Tais reclamações, quando de cunho fiscalizatório e disciplinar (ou censório), são também ditas correições parciais por algumas leis de organização judiciária, conforme informa Antônio de Pádua Ribeiro (Controle da atividade judiciária. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 28, n. 111, jul./set. 1991, p. 340).

vigor do Decreto-lei n. 226/2008, estabelecendo-se que a substituição deste por aquele, atualmente, somente é possível na hipótese em que haja prévio requerimento fundamento do exequente (art. 720º, n. 4, do CPC/13).

Por esta breve exposição, deflui que pelas suas funções, a CAAJ não atua no processo executivo diretamente, mas, em paralelo à Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução (OSAE), prestando um serviço auxiliar à boa condução e direção do processo de execução, essencial para a segurança jurídica de um modelo processual executivo que conta com um agente de execução fora do Poder Judiciário e um juiz de execução voltado preferencial e precipuamente para a resolução dos conflitos relacionados ao adimplemento dos créditos pretendidos.

5. OS JUÍZES DE EXECUÇÃO

Os juízes de execução portugueses se assemelham, e muito, aos juízes franceses, tendo sido introduzidos pela reforma do Decreto-lei n. 38/2003, a qual previu a criação de um corpo de magistrados especializados no processo executivo. A revisão de seus mandamentos, alterados pela “Reforma da Reforma” (do Decreto-lei n. 226/2008), trouxe redução aos deveres expressos de sua atuação no processo, concentrando seu agir na intervenção para a prática de atos mais relevantes e de natureza jurisdicional. Todavia, continuaram tendo o controle total do processo executivo, consoante a dicção do então art. 809º, “1”, “a” a “d”, “2” e “3”, do CPC/61, atualmente mantida no seu teor pelo art. 723º, “1”, “a” a “d”, e “2”, do CPC/13.

Os juízes de execução, dessa maneira, mantiveram-se como fieis garantidores da boa execução, à luz dos princípios processuais concernentes à boa administração processual (entre os quais tem-se a celeridade e razoável duração processuais, além do impulso oficial, conforme o art. 6º, “1”, do CPC/13), resguardando-se, com isso, o cunho jurisdicional do processo executório. Nessa órbita, sua atuação, apesar de reduzida, revela-se voltada para as hipóteses em que houver efetivo conflito ou questão relevante, como, aliás, decorre do art. 808º, “1”, do CPC/61, correspondente ao atual art. 719º, “1”, do CPC/13.

Com efeito, deixam de promover atos de direção do processo que anteriormente lhes competiam, compreendidos como os de natureza administrativa e que dão impulso à execução, tais como a determinação: i) da penhora; ii) da venda dos bens; ou mesmo iii) de diligências para a extinção do processo executivo³⁵.

Em realidade, com as reformas retronarradas, exercem os juízes de execução atribuições com prerrogativas de tutela, de controle do processo. No exercício dessa tutela, aos juízes lhes é posta a intervenção para a solução, como

³⁵ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136.

dito, de eventuais litígios decorrentes da ação executiva, conforme disposto no art. 723º, item “1”, alínea “b”, do CPC/13, pelo qual cabe-lhes “*Julgar a oposição à execução e à penhora, bem como verificar e graduar os créditos, no prazo máximo de três meses contados da oposição ou reclamação*”.

No exercício do controle, atuam proferindo decisão liminar (despacho, na dicção legal), eventualmente cabível para solucionarem-se questões suscitadas pelas partes, terceiros intervenientes ou pelo agente de execução, e, principalmente, julgando em um prazo de 10 (dez) dias, sem possibilidade de recurso, reclamações de atos e impugnações de decisões destes (art. 723º, “1”, “a” e “c”, do CPC/13), somente sendo possível efeito suspensivo se assim o determinar, ou se as partes transigirem a respeito (art. 269º, “1”, “c”, do CPC/13).

A provocação injustificada dos juízes de execução para o exercício de seu poder de controle, não obstante, é passível de multa infligida ao requerente, quer seja ele exequente, executado, terceiro interveniente ou mesmo o agente de execução, como é previsto no art.723º, item “2”, do CPC/13.

De outro bordo, como já dito alhures, os juízes de execução não têm poder para destituir ou substituir os agentes de execução, conforme se depreende do art. 723º, itens “1”, alíneas “a” a “d”, e “2”, em combinação com o art. 720º, item “4”, do CPC/13, cabendo tal mister, no caso de destituição, à entidade com competência disciplinar, isto é, tanto à Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares de Justiça (CAAJ), quanto à respectiva entidade de classe destes agentes, qual seja, a Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução (OSAE).

Assim, aos juízes de execução cabe, no exercício de sua atividade jurisdicional, atribuições como, por exemplo:

- Proferir decisão liminar (de indeferimento, total ou parcial, de aperfeiçoamento, de citação ou de dispensa prévia de citação) (art.723º, n. 1, “a”, do CPC/13);
- Rejeitar total ou parcialmente a execução (art. 820º, do CPC/61; art. 734º, do CPC/13);
- Indeferir liminarmente ou receber e julgar a oposição à execução e à penhora (art.723º, n. 1, “b”, do CPC/13);
- Autorizar (ou não) a consulta de declarações ou elementos protegidos pelo sigilo fiscal, bem como de outros dados sujeitos a regime de confidencialidade (art. 833º-A, n. 7, do CPC/61; art. 749º, n. 7, do CPC/13);
- Decidir sobre o prosseguimento da execução no caso de registro provisório da penhora (art. 838º, n. 4, do CPC/61; art. 755º, n. 4, do CPC/13);
- Decidir sobre a prossecução da gestão do estabelecimento comercial penhorado pelo executado, quando o exequente se oponha a ela (art. 862º-A, n. 3 e n. 4, do CPC/61; art. 782º, n. 2 e n. 3, do CPC/13);

- Verificar e graduar os créditos reclamados no prazo máximo de três meses contados da oposição ou reclamação (arts. 809º, n. 1, “b”, e 868º, do CPC/61; arts. 723º, n. 1, “b”, e 791º, do CPC/13);
- Presidir a abertura de propostas em carta fechada (art. 893º, n. 1, do CPC/61; arts. 817º e 820º, do CPC/13);
- Nomear o agente de execução como encarregado da venda por negociação particular (art. 905º, n. 2, do CPC/61; art. 833º, n. 2, do CPC/13);
- Decidir da anulação da venda e indenização ao comprador (art. 908º, do CPC/61; art. 838º, do CPC/13);
- Decidir, na execução para entrega de coisa imóvel arrendada, se mantém (ou não) suspensa a execução (art. 930º-B, n. 5, do CPC/61; art. 863º, n. 5, do CPC/13), bem como sobre o incidente de diferimento da desocupação (art. 930º-D, do CPC/61; art. 865º, do CPC/13);
- Decidir, na execução para prestação de fato, sobre a fixação do prazo da prestação (art. 940º, do CPC/61; art. 875º, do CPC/13); e
- Decidir sobre a violação da obrigação quando esta tenha por objeto um fato negativo (art. 941º, do CPC/61; art. 876º, do CPC/13).

Cabe mencionar, outrossim, que os juízes de execução dispõem de estrutura organizacional própria para o desempenho de suas funções, a qual é prevista na LOTJ - Lei da Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei n. 52/2008), em seu art. 74º, “2”, “i”, e art. 83º, combinados com o art. 126º, “1” a “3”.

Apesar disso, em que pese se ter previsão específica na legislação, a dificuldade de estruturação do Judiciário português fez com que poucos juízos de execução realmente fossem implementados de acordo com a Lei da Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOTJ).

Ante tal circunstância, nos locais em que ainda não se tem a existência de tais juízos de execução, incumbe ao juízo de competência genérica a respectiva execução³⁶, conforme previsto no art. 110º, “2”, “b”, da LOTJ.

É possível, vale ainda mencionar, nos termos do art. 151º, da LOTJ, a criação de secretarias de execução para que, por intermédio de oficiais de justiça, sejam efetuadas as diligências necessárias ao andamento do processo executório.

CONCLUSÃO

À luz das hodiernas competências dos atores processuais das ações executivas no Direito Processual Civil português, resta evidente que o legislador lusitano, desde suas reformas legislativas de 2003 e 2008, ulteriormente mantidas em sua essência pelo Código de Processo Civil de 2013, adota uma

³⁶ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136.

mudança de paradigma rompendo com a tradição processualística romano-germânica, de sorte a, tomando por base experiências de outros Estados europeus, instituir um modelo de caráter misto (público-privado), desjudicializado e colaborativo na execução civil.

É evidente a quebra do monopólio das atividades judiciárias procedimentais (de cunho não jurisdicional), então exercidas exclusivamente por parte do Estado-juiz, ao implementar-se a ideia reformadora colaborativa de sua atribuição a um terceiro particular (o agente de execução), para se proporcionar de forma eficiente a pretendida maior celeridade de tramitação e, assim, a efetividade dos direitos creditícios segundo uma razoável duração do processo.

Com efeito, a nova conformação dos atuais atores envolvidos no processo de execução civil português (juiz de execução, secretaria do Tribunal, agente de execução e os controladores OSAE e CAAJ) impôs uma execução desjudicializada visando a, principalmente, reduzir sua excessiva jurisdicionalização e rigidez, atribuindo aos particulares agentes de execução competências públicas voltadas para a iniciativa e prática dos atos necessários à sua realização (de cunho processual-administrativa).

Isso, contudo, sem romper seu elo com o Judiciário, de sorte que, ao passarem a ser também controlados em suas atividades pelos Juízos, estes acabam sendo liberados ao exercício mais detido da função judicante, por meio do juiz de execução, e, de outro lado, livres de diligências fora das Serventias, com os serventuários, assim, restando mais vocacionados a outras atividades de apoio à atividade jurisdicional em concreção dos créditos pretendidos.

Para tanto, todavia, revela-se necessário a criação de toda uma estrutura que viabilize um eficiente e efetivo desempenho destas novas atribuições públicas processuais de excussão dos atores envolvidos, principalmente em razão das dificuldades de atualização dos registros e excessiva rigidez burocrática causadora de congestionamentos processuais.

Tal experiência portuguesa voltada para galgar-se maiores celeridade e duração razoável processuais, segundo um padrão de excelência previamente estabelecido para a concreção dos créditos em excussão judicial, em si, revela-se como um relevante exemplo do qual ordenamentos jurídicos de origem comum, como o caso do brasileiro, podem valer-se inclusive para que, ao serem implementadas medidas similares globalmente estimuladas na atualidade em tal quadra processual civil, erros e dificuldades então observados não se repitam e, assim, as mudanças tornem-se mais fáceis e exitosas.

REFERÊNCIAS

ALEMÃO, Ivan. Reforma da execução em Portugal: desjudicialização ou privatização? In: Âmbito Jurídico, Rio Grande do Sul, X, n. 41, maio 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1867. Acesso em 19.11.2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 237, jul./set. 2004, p. 1-6.

AREIAS, Maria João. A livre substituição do agente de execução por parte do exequente e o direito constitucionalmente consagrado a um processo equitativo - o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 199/2012, de 24 de Abril de 2012. *JULGAR on line*, 2012, p. 1-26. Disponível em: http://julgarn.pt/wp-content/uploads/2014/05/A_livre_substitui%C3%A7%C3%A3o_do_agente_de_execu%C3%A7%C3%A3o_por_parte_do_exequente.pdf. Acesso em 19.11.2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. *Revista USP*. São Paulo, Coordenação de Comunicação Social (CCS), n. 21, 1994, p. 116-125. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26940/28718>. Acesso em 19.11.2017.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. *Desjudicialização do processo de execução: o modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira*. Curitiba: Juruá, 2015.

FREITAS, José Lebre de. O primeiro ano de uma reforma executiva adiada. *In: Balanço da reforma da ação executiva (encontro anual de 2004)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.21-28.

FÜRST, Olívia. Práticas colaborativas: novos paradigmas do Direito. *In: MARODIN, Marilene; MOLINARI, Fernanda. Mediação de conflitos: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016. p. 71-86.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 30ª ed., 2013.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. *In: Temas atuais de direito processual civil - vol. 14*. MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2011.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 231, jan./mar. 2003, p. 146-157.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In: DIER JR., Freddie (Org.). Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 7ª ed., 2009, p. 59-88.

PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça: uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Revista Direito e Democracia*, vol. 4, n. 1, 1º sem. 2003, p.47-89. Disponível em: www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/download/2446/1672. Acesso em 19.11.2017.

PEDROSO, João; TRINCAO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Percursos da informalização e da desjudicialização por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparativa) – Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa*. Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2001.

PORTUGAL. Comissão para a Eficácia das Execuções (CPEE). Disponível em: http://caaj.eu/media/uploads/pages/Artigo_CPEE_Presidente_.pdf. Acesso em 02.02.2018.

PORTUGAL. Comissão para a Eficácia das Execuções. *Manual de Perguntas e respostas sobre a ação executiva*. 2009. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/_manual-de-perguntas-e/downloadFile/attachedFile_f0/MANUAL.RAE.DGPJ.11.12.2009.pdf?nocache=1260802990.99. Acesso em: 02.02.2018.

PORTUGAL. Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça (CAAJ). Disponível em: <http://www.caaj-mj.pt/>. Acesso em: 02.02.2018.

PORTUGAL. Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução (OSAE). O agente de execução. Disponível em: <http://solicitador.net/pt/pag/OSAE/profissao-agente-de-execucao/1/1/199>. Acesso em: 02.02.2018.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Controle da atividade judiciária. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 28, n. 111, jul./set. 1991, p. 335-346.

RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu! *RePro - Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 161, jul. 2008, p. 203-220.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu? *In: Novos rumos da Justiça Civil*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 2009.

CAPÍTULO 11

A INCONVENCIONALIDADE SUPERVENIENTE DA LOAS E A NÃO EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA PELO ESTADO BRASILEIRO

*Ricardo Glasenapp
Tais Ramos*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da nova hierarquia das normas jurídicas diante da inovação jurídica brasileira advinda com a instituição do § 3º no artigo 5º da Constituição Federal. 2. Do controle de convencionalidade. 2.1. Da declaração de inconvencionalidade da norma jurídica. 2.2 Da inconvencionalidade por superveniência. 2.3. Acerca da necessidade de adequação da norma legal diante da inconvencionalidade por superveniência. 3. A não efetivação da justiça pelo Estado brasileiro às pessoas com deficiência por meio da não atualização da LOAS. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema controle de convencionalidade surgiu no Direito brasileiro após a Emenda Constitucional nº 45/2004 que inseriu o parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição Federal, que inovou o cenário de proteção aos Direitos Humanos ao elevar a status constitucional os tratados de direitos humanos a serem celebrados a partir dali. Em decorrência desta valorização dos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal passou a interpretar os tratados de direitos humanos celebrados em data anterior a 2004 como tendo status supralegal e infraconstitucional. Sendo certo que o conjunto destes tratados internacionais de direitos humanos forma o parâmetro do controle de convencionalidade das normas jurídicas. Com a observação desta nova forma de controle das normas jurídicas, alguns aspectos relevantes passaram a ser analisados pela doutrina pátria, como a possibilidade de realização de controle difuso de convencionalidade.

O que se pretende, portanto, no presente artigo é demonstrar a ocorrência da inconvencionalidade superveniente no ordenamento jurídico brasileiro no *leading case* da LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social, que tornou-se inconvencional diante da Convenção de Nova Iorque dos Direitos das Pessoas com Deficiência. No desenvolvimento do estudo será utilizada doutrina espe-

cializada no assunto, bem como alguns julgados pátrios correlatos ao tema; para tanto será utilizado o método hipotético-dedutivo.

1. DA NOVA HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS DIANTE DA INOVAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA ADVINDA COM A INSTITUIÇÃO DO § 3º NO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Diante da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 a discussão sobre o conflito entre tratados internacionais e lei interna voltou à baila no universo jurídico nacional. Tal discussão é gerada pela inovação no direito pátrio que esta emenda constitucional trouxe ao Texto Constitucional. Com esta emenda acrescentou-se ao art. 5º o § 3º, que afirma que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Até a promulgação desta emenda constitucional, ou seja, até 30 de dezembro de 2004, os tratados e convenções internacionais, mesmo que tratando de direitos humanos, entravam no direito interno, com uma posição hierárquica de leis ordinárias. Desta forma, o procedimento constitucional adotado para que tratados e convenções internacionais passassem a vigorar no País era o mesmo da lei ordinária; qual seja, deveria ser, após a assinatura do agente plenipotenciário, aprovado pelo Congresso Nacional por meio de quórum de maioria simples, conforme disposto no art. 47 da Constituição Federal e, posteriormente, ratificado através da promulgação de decreto presidencial.

Muito embora o procedimento constitucional para internalização do tratado internacional de direitos humanos, antes da Constituição Federal de 1988, fosse o acima exposto, ou seja, o mesmo de lei ordinária, cumpre lembrar que a jurisprudência já estava consolidada no sentido de dar hierarquia supralegal e infraconstitucional a tais tratados internacionais de direitos humanos; como bem deixa claro o trecho jurisprudencial que segue

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais

sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscrevidos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n° 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002). [...]¹

Acerca desta hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, Flávia Piovesan muito bem afirma que

ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial do valor da dignidade humana – que é o valor fundante do sistema constitucional. Insiste que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º § 2º da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas do Estado²

Portanto, inquestionável é a valorização trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 para os direitos humanos no Brasil. Além de elevar os tratados internacionais de direitos humanos ao status constitucional, vale lembrar que a criação do incidente de deslocamento de competência como forma de maior efetivação da proteção estatal dos direitos humanos também se deu por meio da referida emenda constitucional.

Sobre o relevante papel dos direitos humanos para o Direito Constitucional moderno, Canotilho³ asseverou

Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo

¹ BRASIL. STF. (RE 349703. Relator: Min. Carlos Ayres Britto.

² PIOVESAN, Flávia. *A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. vol. 6, p. 211. Ago/2011, p. 211.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 49.

global (...) O constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. (...) É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional).

Nas palavras acima citadas de José Joaquim Gomes Canotilho podemos observar a relevância dos Direitos Humanos, nos dias atuais, para o constitucionalismo moderno, especialmente quando tratamos não apenas da efetivação de direitos das pessoas, mas também da valoração que o ordenamento jurídico passou a dar a tais normas. Como se depreende da análise feita até aqui, os Direitos Humanos foram alçados ao nível constitucional como forma de se garantir uma maior proteção estatal à sociedade.

Desta forma, podemos admitir que os direitos humanos passaram por uma transformação significativa no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional nº 45/2004 e, naturalmente, toda a jurisprudência surgida em decorrência dela, restando clara a intenção estatal de trazer uma maior proteção às pessoas residentes no País.

Uma vez demonstrada esta inovação jurídica no Brasil advinda com a instituição do §3º no artigo 5º da Constituição Federal, e toda sua influência no ordenamento jurídico e jurisprudência decorrente, passaremos a observar o controle de convencionalidade.

2. DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Acerca do controle de convencionalidade, já antecipo que se trata de uma compatibilização vertical das leis nacionais diante de tratados internacionais de Direitos Humanos já ratificados. Desde que a Emenda Constitucional nº 45/2004 foi promulgada o debate acerca do conflito entre tratados internacionais e lei interna voltou à temática do universo jurídico nacional. Este debate foi gerado pela inovação no Direito que esta emenda constitucional trouxe. Dentre tantas inovações constitucionais que esta emenda constitucional trouxe, destacamos o acréscimo ao art. 5º o § 3º, que determina que

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

Trata-se, portanto, o controle de convencionalidade da verificação da compatibilidade vertical das leis e atos normativos nacionais diante de tratados

internacionais de direitos humanos já ratificados, quer no nível constitucional quer no nível supralegal e infraconstitucional. André de Carvalho Ramos conceitua o controle de convencionalidade como a “análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais”⁴

Flavia Piovesan observa o controle de convencionalidade mais voltado ao Direito Internacional dos Direitos Humanos do que internamente, vez que afirma que sempre que tratarmos do controle de convencionalidade e do diálogo entre jurisdição, observa-se alguns desafios para o *ius commune* latino-americano em matéria de direitos humanos; entre tais desafios a autora menciona: a) promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU – Organização das Nações Unidas e da OEA – Organização dos Estados Americanos; b) fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um status privilegiado na ordem jurídica doméstica; c) fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade; d) fomentar programa de capacitação para que os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos humanos; e) dinamizar o diálogo entre os sistemas regionais objetivando seu fortalecimento; f) aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno; g) dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais. Assim, a autora observa claramente, como se depreende, a necessidade de fomento da cultura jurídica orientada pelo controle de convencionalidade das normas jurídicas; o que implica na observação da compatibilidade das leis e atos jurídicos nacionais com os tratados internacionais de direitos humanos.⁵

Nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, o controle de convencionalidade “trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais com reflexos práticos no plano do seu direito interno”⁶. Em outras palavras, diz-se que por meio do controle de convencionalidade é que se adapta, se coaduna, o ordenamento jurídico pré-existente aos (novos) ditames jurídicos advindos por meio de tratados internacionais de direitos humanos, quer no nível constitucional quer no nível supralegal e infraconstitucional.

Mazzuoli propôs resolver a questão da convencionalidade das normas jurídicas por um interessante prisma: partindo do pressuposto que o Supremo Tribunal Federal já aceita de maneira pacífica a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e que dessa forma irradiam efeitos sobre

⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2012. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 209.

todo o ordenamento jurídico, a fortiori pode-se sustentar que eles formam uma dupla barreira de compatibilidade, abaixo da Constituição Federal, mas acima de todo o restante da pirâmide jurídica. Para o autor, “toda produção legislativa fica condicionada não apenas ao chamado controle de constitucionalidade, cujo paradigma de controle é a Constituição; mas também a um segundo tipo de fiscalização, “complementar e coadjuvante (jamais subsidiário)”, denominado por este como controle de convencionalidade vez que deriva das convenções internacionais, tendo como paradigma de controle os tratados internacionais. No entendimento do autor, o Supremo Tribunal Federal em decisão histórica de 2008⁷ afirmou competir aos juízes e Tribunais o dever constitucional “de atuar na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana”, trazendo uma efetividade aos direitos previstos em tratados internacionais; havendo aqui uma missão social e politicamente mais importante e sensível que se impõe a eles.⁸

Assim, pode-se afirmar que o controle de convencionalidade vem a ser, de forma sucinta, a comparação no que diz respeito a compatibilidade vertical de leis e atos normativos às normas jurídicas de direitos humanos, que se encontram tanto em nível constitucional como em nível suprallegal e infra-constitucional.

2.1. Da declaração de inconvencionalidade da norma jurídica

A declaração de inconvencionalidade da norma jurídica, assim como qualquer outra declaração de invalidade da norma jurídica, deve ser realizada pelo Poder Judiciário.

Muito embora ainda não haja regulamentação expressa em lei para a realização deste novo tipo de controle normativo, entende-se que este pode, na verdade deve, ser realizado aos moldes do controle de constitucionalidade; ou seja, tanto pelo modelo difuso, em que qualquer juiz singular pode declarar, ainda que de ofício, tal inconvencionalidade, como também pelo modelo concentrado, em que o Supremo Tribunal Federal poderá declarar a norma jurídica inconvencional por meio das ações cabíveis.

Desta forma, clara é a responsabilidade do Poder Judiciário em observar a inconvencionalidade das normas jurídicas infra-convencionais para que seja possível a efetivação dos Direitos Humanos nas ações judiciais envolvendo o tema.

⁷ Esta tese da suprallegalidade e infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos surgiu no julgamento do RHC nº 79.785-RJ, ocorrido em 29 de março de 2000, pelo voto do Relator Ministro Sepúlveda Pertence, que aventou pela primeira vez a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos serem documentos supralegais.

⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 209.

2.2. Da inconvencionalidade por superveniência

Antes de adentrarmos ao tema central da inconvencionalidade superveniente, faz-se necessário lembrar alguns aspectos similares do controle de constitucionalidade. Assim, cumpre lembrar que no controle de constitucionalidade observamos a inconstitucionalidade superveniente quando determinada lei ou ato normativo surge no ordenamento jurídico compatível com a Constituição Federal, sendo que a desconformidade surge tão somente mais tarde, quer diante de uma nova Constituição Federal; quer diante de uma alteração do Texto Constitucional por meio de emenda constitucional; quer diante da mudança na interpretação normativa. A primeira hipótese acima mencionada vem sendo denominada pela doutrina por “não-recepção”, já as demais hipóteses devem ter sua inconstitucionalidade superveniente reconhecida pelo Poder Judiciário⁹. Situação análoga também é observada com a caducidade do ato administrativo, que nada mais é do que a constatação de ilegalidade superveniente, em que, depois que o ato administrativo é praticado de forma legal, ocorre o surgimento de norma jurídica superior que “torna inadmissível a situação antes permitida pelo direito e outorgada pelo ato precedente”¹⁰.

Por similaridade a estes institutos jurídicos já consagrados no Direito pátrio, podemos observar a inconvencionalidade superveniente em decorrência da realização do controle de convencionalidade. Tal situação confirma-se quando uma lei ou ato normativo entra no ordenamento jurídico de forma compatível com os tratados internacionais de direitos humanos e, posteriormente, torna-se inconveniente diante de uma inovação jurídica advinda por meio de novo tratado internacional de direitos humanos. Assim, as normas anteriores, agora contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos, perdem sua aplicabilidade e eficácia de imediato.

Este é um aspecto relevante no cenário brasileiro atual, tanto jurídico como social, em que há uma necessária e urgente pressa na efetivação dos direitos humanos. Em síntese, por se tratar de norma jurídica originada de tratado internacional de direitos humanos com status de norma constitucional, vez que adentrou ao ordenamento jurídico de forma equivalente às normas constitucionais, ou de norma jurídica supralegal e infraconstitucional, se adentrou ao ordenamento jurídico em data anterior a Emenda Constitucional nº 45/2004, fica claro que as normas de direito interno, anteriores a estas novas normas de direitos humanos, terão agora que se adequar à estas, vez que as normas legais devem, sempre, estar adequadas ao disposto nas normas

⁹ ROTHENBURG, Walter Claudio. *Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 99.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.436-438.

jurídicas superiores, sob pena de serem consideradas incompatíveis com o ordenamento jurídico.

E esta nova possibilidade jurídica de inconvencionalidade superveniente de norma jurídica ocorreu pela primeira vez no Direito brasileiro quando do confronte da LOAS - Lei Orgânica de Assistência Social com as normas jurídicas de direitos humanos advindas com a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Situação esta de inconvencionalidade superveniente que será analisada a partir daqui.

2.3. Acerca da necessidade de adequação da norma legal diante da inconvencionalidade por superveniência

A necessidade de adequação legislativa, de uma forma geral, surge diante da alteração das normas jurídicas superiores hierarquicamente, como no caso de a Constituição Federal ser alterada por meio de emenda constitucional de forma a tornar inconstitucional norma legal, bem como no caso de lei ser alterada de forma a tornar ilegais atos administrativos. André Puccinelli Júnior muito bem esclarece sobre esta real necessidade de atualização legislativa ao afirmar que “tanto a inobservância do dever geral de adequação legislativa quanto a caracterização do vácuo jurídico, frustrando a aplicação da Lei Fundamental, reclamam a emergência de uma dogmática emancipatória, capaz de outorgar máxima efetividade aos preceitos constitucionais e que não tenha receio de empunhar, de forma consequente, a bandeira da dignidade da pessoa humana¹¹.

No que diz respeito à necessidade de adequação legislativa diante da inovação jurídica advinda por meio de tratado internacional de direitos humanos, observamos tal necessidade quando um tratado internacional de direitos humanos torna inconvencional normas legais e até atos administrativos já existentes. Nesta hipótese deve, o Poder Público responsável pela norma jurídica inconvencional de forma superveniente, rever seus atos administrativos de forma a adequá-la, bem como deve o Poder Legislativo tomar iniciativa de adequar toda a legislação que se tornou inconvencional também de forma superveniente.

Portanto, podemos aqui observar claramente que a necessidade de adequar a legislação existente diante da inovação jurídica advinda por meio de tratado internacional de direitos humanos significa numa tradução da efetividade dos direitos humanos à sociedade. Inconcebível é a possibilidade de celebrarmos, e ratificarmos, um tratado internacional de direitos humanos sem que haja qualquer adequação da legislação interna que possibilite a efetivação destes direitos humanos.

¹¹ JÚNIOR, André Puccinelli. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

3. A NÃO EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA PELO ESTADO BRASILEIRO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA POR MEIO DA NÃO ATUALIZAÇÃO DA LOAS

Ao longo das últimas décadas observamos uma situação clara de não efetivação da justiça às pessoas com deficiência no Brasil diante da divergência do conceito legal de quem teria direito à assistência social por parte do Estado brasileiro.

Antes de adentrar a esta questão central, cumpre lembrar que ao longo da História, a legislação brasileira adotou diversos termos para designar as pessoas com deficiência, sendo que o primeiro termo a ser adotado foi o “excepcional”, utilizado na Emenda Constitucional de 1969, e que traz uma ideia mais ligada à deficiência mental. Já o segundo termo adotado foi “deficiente”, que já traz uma ideia ligada a certa deficiência da pessoa. E o terceiro termo a ser adotado foi “pessoas portadoras de deficiência”, que traz uma ideia reducionista quanto ao estigma da deficiência existente, passando a ser utilizado de forma corrente pela legislação e pela sociedade de forma geral ao longo dos anos.

A Constituição Federal confirmou a nomenclatura utilizada à época prevendo em alguns de seus artigos a proteção às “pessoas portadoras de deficiência”, como em seu art. 7º, inciso XXXI, que prevê vedação a qualquer tipo de discriminação no que se refere a salários e critérios de admissão para o “portador de deficiência”¹². Mais adiante na Constituição Federal encontramos novamente o termo “portador de deficiência”, agora quando da divisão das competências administrativas entre os entes federados; mais precisamente no art. 23¹³.

Logo em seguida, no art. 24, ainda tratando da divisão de competências, mas desta vez atribuindo à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar sobre a “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”¹⁴.

A despeito de a atual Constituição Federal adotar a nomenclatura “pessoas portadoras de deficiência” em seu texto, a nomenclatura sofreu diversas alterações nas últimas décadas, como veremos.

¹² Constituição Federal

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem melhoria de sua condição social;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência

¹³ Constituição Federal

Art. 23 É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

¹⁴ Constituição Federal

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

No ano de 1993 foi publicada a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei nº 8.742/1993, que foi regulamentada por sucessivos decretos, como o Decreto nº 3.048/1999, o Decreto nº 6.214/2007 e o Decreto nº 7.788/2012. Tal lei federal, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, afirma logo em seu art. 1º, que a

assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Segurança Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

A Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS traz importantes objetivos a serem observados quando da prestação da assistência social aos necessitados, por parte da Administração Pública. Tais objetivos, que estão previstos no art. 2º¹⁵, são: i) a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente: a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice¹⁶; b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes¹⁷; c) a promoção da integração ao mercado de trabalho¹⁸; d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária¹⁹; e e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família²⁰; ii) a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos²¹; e iii) a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais.

Além dos objetivos supramencionados, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS também prevê princípios que deverão servir como um norte à prestação da assistência social. Tais princípios, que estão no art. 4º, que a assistência social deverá ser regida por alguns princípios, como

- I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;
- II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;

¹⁵ Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011.

¹⁶ Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Ibidem.*

III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;

IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;

V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

E, além dos objetivos e dos princípios, a Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS ainda traz algumas diretrizes a serem observadas pela Administração Pública quando da organização da assistência social; tais diretrizes são

I - descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis;

III - primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo.

No que diz respeito ao conceito de pessoa com deficiência na Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, é de se observar a sua evolução histórica legislativa até chegar ao atual conceito.

Quando da publicação da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, no ano de 1993, havia o conceito de pessoa com deficiência, para efeitos de concessão de benefício assistencialista, como sendo “aquela incapacitada para o trabalho e para a vida independente”²². Como se depreende em análise do conceito acima, a inatividade profissional da pessoa com deficiência aparece como um dos requisitos primordiais para concessão e manutenção do benefício da assistência social.

Em 2007 entrou em vigor o Decreto nº 6.214 regulamentando “o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso” tratado na Lei nº 8.742/93; em tal decreto foram incluídos parâmetros para a concessão da prestação continuada para a pessoa com deficiência

Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde no 54.21, aprovada pela 54^a Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001.

²² Tal conceito estava disposto de forma originária no art. 20 § 2º da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

§ 1º A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será composta de avaliação médica e social.

§ 2º A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades.

§ 3º As avaliações de que trata o § 1º serão realizadas, respectivamente, pela perícia médica e pelo serviço social do INSS.

Em 30 de março de 2007, em Nova York, o Brasil celebrou junto à Organização das Nações Unidas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que veio a ser ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 6.949/2009, sendo este o primeiro, e até o presente único, tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil pela regra do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, que elevou tais tratados internacionais de direitos humanos ao nível constitucional.

De acordo com tal Convenção

Art. 1º

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

No ano de 2011 um novo conceito de pessoa com deficiência foi incluído na Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS por meio da Lei nº 12.435/2011, mas ainda não para efetivar as normas internacionais advindas por meio do tratado internacional de direitos humanos celebrado junto à ONU, mas para restringir o acesso à concessão de benefício assistencialista, como observaremos.

Com a Lei nº 12.435/2011 o conceito de pessoa com deficiência passou a ser “aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”. Além do novo conceito para pessoas com deficiência, a Lei nº 12.435/2011 trouxe um conceito para impedimentos de longo prazo, como sendo “aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos”.

Como se observa, o novo conceito trazido pela Lei nº 12.435/2011 ao invés de possibilitar um maior acesso ao benefício assistencialista às pessoas com deficiência acabou por restringir ainda mais tal acesso vez que o conceito legal passou a ser mais rígido.

O conceito trazido pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, supracitado, apenas foi inserido em nosso ordenamento jurídico quando da publicação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146/2015, também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência²³, que entrou em vigor cento e oitenta dias após a publicação, ocorrida em 06 de julho de 2015. Assim, o disposto no § 2º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS passou a ter a seguinte redação com o advento da Lei nº 13.146/2015

Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Como se observa da análise do até aqui redigido, este atual conceito não surgiu apenas em 2015 para o Direito brasileiro, mas sim aproximadamente oito anos antes.

Dante de tudo que foi exposto ao longo do presente estudo, é de observar a inconvencionalidade superveniente ocorrida na Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS no ano de 2009, quando da ratificação pelo Brasil, por meio do Decreto nº 6.949/2009, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. No momento em que o Brasil ratifica tratado internacional de direitos humanos, este passa a adentrar ao ordenamento jurídico pátrio com status de norma constitucional, com hierarquia normativa sobre as leis, como já comentado anteriormente; o que implica dizer que qualquer norma infra convencional que esteja redigida em sentido contrário deixa de poder produzir seus efeitos por ter se tornado inconvencional.

E mais. Mesmo diante da clara situação de inconvencionalidade superveniente da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, o Estado brasileiro permaneceu a recusar pedidos de concessão de benefício assistencialista utilizando-se de norma jurídica não mais aplicável.

Desta forma, pode-se observar uma evolução no conceito de pessoa com deficiência ao longo da legislação brasileira, passando do conceito legal de ser “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho” para serem “aqueles que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

²³ Lei nº 13.146/2015.

CONCLUSÃO

Constata-se, portanto, a inconvencionalidade superveniente sempre que alguma lei ou ato normativo, surgida de forma convencional dentro do ordenamento jurídico, tornar-se incompatível diante da inovação jurídica trazida por meio de tratado internacional de direitos humanos; em outras palavras, a lei ou ato normativo transforma-se em inconvencial em momento posterior à sua publicação; exatamente o que ocorreu com a Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS diante da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Como dito anteriormente, o controle de convencionalidade deverá ser realizado como um filtro de efetividade das normas jurídicas situadas em posição hierárquica inferior às normas jurídicas previstas em tratados internacionais de direitos humanos; ou seja, o controle de convencionalidade apareceu no cenário jurídico nacional posteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 como uma espécie de filtro de observação da compatibilidade normativa diante dos direitos humanos. A inconvencionalidade superveniente das normas jurídicas já existentes no ordenamento jurídico pressupõe sistema democrático de direito, em que os direitos humanos devem pautar não só o Direito como também a sociedade de forma a abarcar princípios especiais como o da dignidade da pessoa humana.

Impossível é a realização de um controle de convencionalidade em estados totalitários diante do fato de não haver, ali, um estado democrático de direito em que os direitos humanos estão previstos expressamente na ordem jurídica. Nos estados democráticos, em que os direitos humanos vêm passando por uma valorização no decorrer das últimas décadas, observa-se que tal valorização passa necessariamente por uma efetivação dos direitos humanos; e isto traduz-se numa preocupação latente na propagação de política públicas eficientes para a concretização dos direitos humanos. Não bastando mais a previsão normativa dos direitos humanos, observa-se um pleito pela efetividade dos direitos humanos.

No que diz respeito ao controle de convencionalidade este deverá ser realizado nos moldes do controle de constitucionalidade, mas tendo como parâmetro as normas jurídicas previstas em tratados internacionais de direitos humanos. Isto significa dizer que tanto o Poder Legislativo pode fazer tal controle de forma prévia, em meio ao trâmite do processo legislativo, bem como o Poder Judiciário pode realiza-lo de forma posterior nas modalidades difusa e concentrada.

Assim, a inconvencionalidade superveniente deve ser observada pelo Poder Judiciário quando, em meio à realização do controle de convencionalidade, observar que determinada lei ou ato normativo encontra-se em desacordo com os ditames dos direitos humanos.

E no caso específico da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, tal inconvencionalidade superveniente, como demonstrada aqui, resultou na aplicação indevida de norma jurídica que não fazia mais parte do ordenamento jurídico pátrio por parte do Estado brasileiro, o que resultou numa clara não efetivação do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.
- BRASIL. Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei nº 8.742/1993.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993
- CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMENTADA. Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.
- JÚNIOR, André Puccinelli. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. In Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas. Ano IX, nº12. Março, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. vol. 6, p. 211. Ago/2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

CAPÍTULO 12

DESASTRE DA SAMARCO E A SUSPENSÃO DE AÇÕES INDENIZATÓRIAS VIA TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA MONOCRATICAMENTE EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

*Leonardo Cordeiro de Gusmão
Beatriz Souza Costa*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O desastre ambiental da Samarco e a tutela de urgência concedida em IRDR. 2. Suspensão dos processos repetitivos via tutela provisória de urgência concedida monocraticamente pelo relator em IRDR. 2.1. Atribuições do relator e os requisitos legais cumulativos exigidos às tutelas de urgência. 2.2. A inviabilidade da suspensão dos processos pendentes via tutela de urgência em IRDR por incompatibilidade com os microssistemas de julgamento de casos repetitivos e de formação concentrada de precedentes obrigatórios. 2.3. A inviabilidade de utilização de IRDR como método de prevenção à prolação de decisões que ofendam a segurança e a isonomia jurídica. 2.4. A inexistência de direito do suscitante a ser protegido em tutela provisória de urgência que suspende processos repetitivos em IRDR. 2.5. A produção de risco de dano irreparável em razão da suspensão dos processos pendentes via tutela de urgência concedida monocraticamente pelo relator em IRDR. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Desastres ambientais de grande gravidade, como o ocorrido no Município de Mariana/MG, decorrente do rompimento de barragem de rejeitos de minério pertencente à mineradora Samarco, têm como consequência não apenas danos ambientais e sociais, repercutindo negativamente também em relação aos direitos fundamentais individuais.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê que o poluidor é obrigado a promover uma ampla reparação dos danos causados, incluindo nesse rol os danos morais individuais eventualmente caracterizados, tendo em vista a essencialidade da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado à

fruição de uma vida sadia e de qualidade, em consonância com a dignidade da pessoa humana.

O referido desastre ambiental teve como um de seus impactos negativos a interrupção do abastecimento de água potável encanada em diversos municípios afetados pela poluição causada à Bacia Hidrográfica do Rio Doce, acarretando na violação de direitos individuais assegurados aos respectivos habitantes. Em consequência, milhares de ações judiciais foram propostas em comarcas do Estado Minas Gerais, pedindo pela condenação da Samarco e de suas acionistas – Vale e BHP Billiton – ao pagamento de indenização por danos morais, com fundamento na violação do direito fundamental ao acesso à água potável encanada.

Dante desse cenário, a mineradora Samarco suscitou pela instauração de IRDR perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), e dentre outros pontos pediu pela uniformização do *quantum* indenizatório decorrente da violação ao direito ao acesso à água potável – devido à interrupção do serviço público de abastecimento de água encanada. Afirmou, pois, que as divergências quanto à definição do valor da indenização é matéria unicamente de direito e, além do mais, representa risco à segurança e isonomia jurídica.

Ademais, em caráter preliminar, pleiteou ao relator que avaliasse a presença dos requisitos de admissibilidade do IRDR mediante juízo de cognição sumária e, após, concedesse tutela provisória de urgência para determinar a suspensão dos processos repetitivos que versassem sobre as mesmas questões que qualificou como sendo controvertidas e exclusivamente de direito.

Nesse contexto, o presente artigo pretende verificar se é juridicamente possível ao relator, em decisão monocrática, admitir provisoriamente a instauração do IRDR e determinar a imediata suspensão dos processos repetitivos via tutela de urgência, sob o argumento de que haveria necessidade de evitar a prolação de novas decisões capazes de ofender a isonomia e a segurança jurídica, enquanto o incidente não fosse admitido pelo órgão colegiado competente. Para tanto, utilizar-se-á do método jurídico de raciocínio dedutivo com pesquisa qualitativa, descritiva e explicativa, mediante uma análise bibliográfica e documental.

Sob tal perspectiva, no primeiro tópico serão identificados os danos imediatos proporcionados pelo desastre ambiental, incluindo aquele individual de natureza moral, resultante da interrupção do abastecimento de água potável encanada. Destacar-se-á, ademais, o conteúdo da decisão monocrática do relator, proferida no âmbito do IRDR nº 1.0273.16.000.131-2/001, em trâmite perante a 2^a Seção Cível do TJMG, por meio da qual ele concedeu a tutela de urgência requerida pela Samarco (suscitante), admitindo provisoriamente o incidente e determinando a suspensão dos processos repetitivos que tratassesem das mesmas questões que foram qualificadas como controvertidas e exclusivamente de direito pela suscitante.

No segundo tópico, averiguar-se-á a possibilidade jurídica da concessão da tutela provisória de urgência, mediante decisão monocrática do relator, analisando o seguinte: *i*) se a concessão de tutela provisória de urgência por parte do relator, em sede de IRDR, é compatível com os microssistemas de julgamento de casos repetitivos e de formação de precedentes obrigatórios; *ii*) se a possibilidade de prolação de novas decisões divergentes, enquanto não admitido o IRDR pelo órgão colegiado, caracterizaria perigo de dano a justificar a concessão da tutela provisória de urgência pelo relator, no sentido de suspender imediatamente os processos repetitivos com fundamento na prevenção contra ofensa à segurança e isonomia jurídica; *iii*) se a parte que suscita a instauração de IRDR possui, no procedimento, direito a ser protegido mediante a concessão de tutela provisória de urgência; *iv*) se a viabilidade do incidente estará em risco em caso da prolação de decisões divergentes acerca das questões qualificadas como controvertidas e unicamente de direito pelo suscitante *v*) se suspensão dos processos repetitivos pendentes, por meio de tutela provisória de urgência, não resultaria na produção de risco de dano irreparável para as partes daqueles.

A investigação é conduzida pela seguinte hipótese que espera se confirmar: não é juridicamente possível ao relator determinar monocraticamente a suspensão dos processos repetitivos mediante tutela de urgência concedida após exercício de juízo de cognição sumária em que se admite provisoriamente a instauração do incidente.

1. O DESASTRE AMBIENTAL DA SAMARCO E A TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA EM IRDR

Desde já, compete destacar a observação tecida por Borges e Maso¹, no sentido de que “O colapso da barragem de Mariana/Rio Doce é considerada a pior tragédia socioambiental da história brasileira e o caso mais grave de um desastre tecnológico envolvendo uma barragem de resíduos de mineração nos últimos dois séculos”².

Segundo informações prestadas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis³ (IBAMA), aproximadamente 50

¹ BORGES, Caio; MASO, Tchenna Fernandes. The Collapse of the River Doce Dam. **SSRN**, Rochester/NY, v. 14, n. 25, p. 71-87, 2017, p. 72. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3106766>. Acesso em: 20 nov. 2019.

² Tradução nossa de: “The collapse of the dam in Mariana/Rio Doce, considered to be the worst socio-environmental tragedy in Brazilian history and the most serious case of a technological disaster involving a mining waste dam in the last two centuries”.

³ INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). **Laudo Técnico Preliminar – Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o**

milhões de m³ de minério de ferro que jorraram da barragem e alcançaram as águas do Rio Doce, percorrendo por volta de 663,2 km até alcançar sua foz no Estado do Espírito Santo. Além da contaminação do rio em razão do contato com os rejeitos de minério de ferro, devido à força exercida pelo grande volume de lama, ocorreu a suspensão de sedimentos repletos de metais pesados, que estavam localizados no fundo dos cursos hídricos afetados.

Os impactos socioambientais e individuais imediatos proporcionados foram relatados pelo IBAMA⁴ em laudo técnico preliminar, podendo-se destacar a devastação da fauna e da flora, a contaminação da Bacia Hidrográfica do Rio Doce, a morte de pessoas, a paralisação da pesca, a suspensão do serviço público essencial de fornecimento de água potável encanada, além de uma sensação generalizada de insegurança.

Especificamente em relação aos danos individuais experimentados pela maior parte dos atingidos, destaca-se a violação ao direito humano e fundamental ao acesso à água potável, decorrente da interrupção abrupta do serviço público essencial de fornecimento de água potável encanada. Nas palavras de Mathias e Júnia⁵, “Mais de 1,2 milhão de pessoas foram atingidas diretamente, a maior parte delas teve o abastecimento de água cortado”.

Importante ressaltar que de acordo com o *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988⁶ (CRFB/88), o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida. O ordenamento jurídico brasileiro, portanto, adota a compreensão exarada por Reis e Bizawu⁷, no sentido de que “Meio ambiente também pressupõe uma relação entre a natureza e a sociedade. Hoje, não se podem ver estas duas esferas de maneira separadas, pois o social influencia na natureza e a natureza influencia no social”.

rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf>. Acesso em 20 nov. 2019.

⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). **Laudo Técnico Preliminar** – Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf>. Acesso em 20 nov. 2019.

⁵ MATHIAS, Maira; JÚNIA, Raquel. Cenário de fim do mundo no rastro da lama. **EPSJV/Fiocruz**. Rio de Janeiro, 21 jan. 2016, [s/p]. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/cenario-de-fim-do-mundo-no-rastro-da-lama>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁷ REIS, Émilien Vilas Boas; BIZAWU, Kiwonghi. A Encíclica Laudato Si à Luz do Direito Internacional do Meio Ambiente. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, 2015, p. 50. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/issue/view/37/showToc>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Assim, em consequência à interrupção do serviço de abastecimento de água potável encanada nos municípios que utilizam do (poluído) Rio Doce como fonte de captação, foram propostas milhares de ações com pedidos de indenização por danos morais. Segundo informações prestadas pelo TJMG⁸, foram distribuídas, no estado, aproximadamente 100 mil ações judiciais.

Sob o argumento de que nas sentenças proferidas em muitas dessas ações haveria divergências em relação a questões unicamente de direito – incluindo a definição do valor da indenização por danos morais em razão da interrupção do abastecimento de água –, e que tal situação representaria risco à segurança e à isonomia jurídica, de modo que seria imprescindível uniformizar a aplicação do direito; a mineradora Samarco distribuiu petição por meio da qual suscitou pela instauração do IRDR nº 1.0105.16.000562-2/004 – depois renumerado para 1.0273.16.000131-2/001⁹. Na ocasião, ainda pediu que o relator admitisse provisoriamente o incidente, em tutela provisória de urgência, para determinar a imediata suspensão dos processos repetitivos.

No dia 01 de agosto de 2017, por meio de decisão monocrática, o relator concedeu a tutela de urgência pleiteada pela Samarco (suscitante), após admitir provisoriamente o incidente, por considerar que houve o cumprimento dos requisitos cumulativos exigidos pela legislação. Foram, portanto, suspensas todas as ações indenizatórias em trâmite não apenas nos Juizados Especiais, mas também na Justiça Comum do estado de Minas Gerais, que tinham como fundamento a interrupção temporária do serviço público de fornecimento de água potável encanada.

Assim, perfunctoriamente, como o é toda e qualquer análise preambular, ressalvada a possibilidade do órgão colegiado entender de modo diverso, estão satisfeitos os requisitos para a admissão do IRDR e, consequentemente, o acolhimento da medida provisória de urgência, impondo seu deferimento.

[...]

Ex positis, ad referendum pelo órgão colegiado da 2^a Seção Cível, admitido o presente incidente de resolução de demanda repetitivas e determino a suspensão, até ulterior decisão a ser nele proferida, de todas as Ações que fluam na Justiça

⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **TJMG admite IRDR relacionado à falta de água após acidente da Samarco**. Assessoria de Comunicação Institucional (Ascom), Belo Horizonte, 27 ago. 2018a. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-admite-irdr-relacionado-a-falta-dagua-apos-acidente-da-samarco.htm#.XNG4Oo5Ki01>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001**. Órgão Julgador: 2^a Seção Cível. Relator: Ministro Amauri Pinto Ferreira. Data da redistribuição e renumeração do IRDR: 04 out. 2018. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Comum ou nos Juizados especial que tenham como causa de pedir e/ou pedido indenização moral decorrente da interrupção do fornecimento de água ou dúvida quanto a sua qualidade, após o retorno da captação e distribuição, em razão do rompimento da barragem de rejeitos do Fundão, em Mariana, MG, que não tenham sido julgadas ou que, já sentenciadas, estejam em fase recursal, excepcionando aquelas em que a sentença tenha transitado em julgado ou que em segunda instância já se tenha esgotado a jurisdição do Tribunal ou da Turma recursal¹⁰.

Observe-se, portanto, que segundo o relator do IRDR em comento, lhe é juridicamente possível admitir provisoriamente IRDR, mediante juízo de cognição sumária, a ser posteriormente confirmado ou não pelo órgão colegiado competente para realizar o juízo de admissibilidade na forma do artigo 981 do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015). Assim, por compreender pela presença dos requisitos legais cumulativos exigidos tanto à tutela de urgência requerida pela suscitante, quanto à admissão do incidente, determinou a suspensão imediata dos processos repetitivos que versassem sobre as mesmas questões que a Samarco qualificou como controvertidas e unicamente de direito.

No tópico seguinte – e respectivos subtópicos – analisar-se-á a coerência da referida decisão com o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, será avaliada a possibilidade jurídica do relator, em sede de IRDR, determinar a suspensão dos processos repetitivos via tutela provisória de urgência concedida monocraticamente, antes da admissão do incidente pelo órgão colegiado competente.

2. SUSPENSÃO DOS PROCESSOS REPETITIVOS VIA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CONCEDIDA MONOCRATICAMENTE PELO RELATOR EM IRDR

2.1. Atribuições do relator e os requisitos legais cumulativos exigidos às tutelas de urgência

Na pretensão de responder à pergunta que norteia o presente trabalho, inicialmente faz-se relevante delimitar os poderes legalmente atribuídos ao relator, notavelmente aqueles relativos à sua atuação do âmbito do IRDR.

¹⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001**. Decisão Identificada sob o Documento Eletrônico nº 32. Órgão Julgador: 2ª Seção Cível. Relator: Ministro Amauri Pinto Ferreira. Data da redistribuição e renumeração do IRDR: 04 out. 2018, p. 12. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Indispensável, também, detalhar os requisitos indispensáveis à concessão de tutela provisória de urgência cautelar ou antecipada.

A rigor, o processamento e julgamento de feitos perante os tribunais é atribuição dos órgãos colegiados, em atenção ao princípio da colegialidade. No entanto, o artigo 932 do CPC conferiu ao relator funções revestidas de natureza de gestão processual ou de decisão¹¹. Esses poderes/deveres exercidos pelo relator resultam de delegação legal de competência do órgão colegiado, “fundada em razões de economia processual ou necessidade de decisão urgente, mantendo-se com o órgão colegiado a competência para decidir”¹².

As ocasiões em que o relator poderá decidir monocraticamente estão previstas no artigo 932 do CPC¹³. Para o presente trabalho, destacar-se-á a hipótese contida no inciso II, que prevê a possibilidade jurídica do relator, monocraticamente, apreciar pedidos de tutela provisória, que segundo o artigo 294 do CPC pode ser de urgência ou evidência, sejam eles formulados em grau recursal ou em processos da competência originária do tribunal.

No que concerne às tutelas provisórias de urgência, compete frisar que seus requisitos legais cumulativos estão previstos no *caput* e § 3º do artigo 300 do CPC¹⁴, são eles: a) probabilidade do direito pretendido – *fumus bonis iuris*; b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo em caso de não deferimento da tutela de urgência – *periculum in mora*; c) ausência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. As tutelas de urgência dividem-se em cautelares e antecipadas (satisfativas), devidamente diferenciadas por Dinamarco

São *cautelares* as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o *processo* de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e consequente produção, no futuro, de resultados úteis e justos (fontes de prova ou bens suscetíveis de constrições, como a penhora); e são *antecipações de tutela* aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao *processo*, e as segundas às pessoas¹⁵.

¹¹ THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. – 51 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018a. [E-Book]

¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivum, 2018, p. 1420.

¹³ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido. **Teoria geral do novo processo civil**. – 2. ed. – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 27, grifos no original.

Em outras palavras, a tutela de urgência antecipada é satisfativa do direito material pretendido por permitir sua realização mediante juízo de cognição sumária; enquanto que a tutela de urgência cautelar assegura efetividade à jurisdição e ao processo, mantendo viável a obtenção do direito material pretendido (a resolução do mérito)¹⁶. Nesse sentido, Lamy afirma que “a técnica antecipatória possui preponderância em satisfatibilidade, enquanto a técnica cautelar possui preponderância em referibilidade”¹⁷

Em todo caso, conforme leciona o artigo 298 do CPC¹⁸, faz-se imprescindível que ao conceder tutela de urgência o relator fundamentalmente adequadamente sua decisão, expondo com clareza as razões que o convenceram. Além do mais, far-se-á indispensável garantir à parte adversa o exercício do contraditório e da ampla defesa, consoante disposições contidas no inciso LV do artigo 5º da CRFB/88¹⁹ e no artigo 7º do CPC²⁰, possibilitando-lhe requerer pela modificação ou revogação da tutela de urgência concedida, na forma do *caput* do artigo 296 do CPC.

Ao conceder, casuisticamente, tutela provisória de urgência por meio de decisão monocrática, o relator exerce o poder geral de cautela, com guarda constitucional no inciso XXXV do artigo 5º, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²¹. Compete assinalar, nas palavras de Theodoro Júnior, que “o poder cautelar genérico é amplo e não restrito a casos predeterminados, nem por isso é ilimitado e arbitrário”²².

Segundo Theodoro Júnior²³, o exercício do poder geral de cautela possui as seguintes limitações: a) necessidade da medida, considerando os objetivos

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁷ LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. – São Paulo: Atlas, 2018, [s/p]. [E-Book]

¹⁸ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

²⁰ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

²² THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I. – 51 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018b, [s/p]. [E-Book]

²³ THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I. – 51 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018b, [s/p]. [E-Book]

próprios da tutela de urgência; b) proporcionalidade da medida de urgência à prestação que se pretende obter no julgamento definitivo do mérito. Em outras palavras, não há necessidade de medida de urgência quando não se revelar indispensável à proteção de um direito ameaçado, tendo em vista a inexistência de perigo de dano ou de riscos ao resultado útil do processo. Por sua vez, não será proporcional quando não se relacionar com o bem objeto da tutela jurisdicional.

Resta saber se o poder geral de cautela que possibilita ao relator a concessão de tutela provisória de urgência em recursos ou processos de competência originária do tribunal, também se aplica ao IRDR, possibilitando a admissão provisória do incidente e a imediata suspensão dos processos repetitivos.

2.2. A inviabilidade da suspensão dos processos pendentes via tutela de urgência em IRDR por incompatibilidade com os microssistemas de julgamento de casos repetitivos e de formação concentrada de precedentes obrigatórios

Em princípio, merece ser frisado que em outra decisão proferida posteriormente no bojo do IRDR, o relator postergou a análise do pedido de intervenção formulado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais para atuar na qualidade de *amicus curiae*. A relevância de tal informação reside na fundamentação apresentada pelo relator, no sentido de que o IRDR somente passaria a existir no mundo jurídico após sua admissão pela 2^a Seção Cível – órgão colegiado competente para realizar o juízo de admissibilidade²⁴.

Observe-se que além de reconhecer a competência exclusiva do órgão colegiado para realizar o juízo de admissibilidade, o relator salientou que antes de sua admissão o IRDR sequer existe no mundo jurídico. Não se pode, assim, cogitar a tomada de decisões por parte do relator – como a concessão de tutela de urgência – em momento no qual processualmente o incidente ainda é incapaz de produzir quaisquer efeitos jurídicos. Atente-se que mesmo na hipótese de tutela de urgência concedida em caráter liminar – *initio litis*, ou seja, logo no início do trâmite processual –, faz-se imprescindível, como pressuposto básico, que o procedimento no qual a medida será determinada já exista no mundo jurídico.

²⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001**. Decisão Identificada sob o Documento Eletrônico nº 43. Órgão Julgador: 2^a Seção Cível. Relator: Ministro Amauri Pinto Ferreira. Data da redistribuição e renumeração do IRDR: 04 out. 2018. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Ademais, o artigo 981 do CPC²⁵ deixa evidente que a competência para o exercício do juízo de admissibilidade do IRDR será exercida com exclusividade pelo órgão colegiado responsável pelo julgamento do mérito. Uma vez admitido o incidente, ele passará a existir no mundo jurídico, adquirindo aptidão para produzir seus efeitos imanentes, dentre os quais se enquadra a suspensão dos processos pendentes, a qual deverá ser ordenada pelo relator conforme determinação do inciso I do artigo 982 do CPC²⁶.

Flagrante então, desde já, a impossibilidade jurídica do relator, por meio de tutela de urgência concedida monocraticamente, realizar juízo provisório de admissibilidade de IRDR e determinar a suspensão dos processos pendentes que versem sobre as mesmas questões qualificadas como controvertidas e exclusivamente de direito pela suscitante. Assim sendo, por se caracterizar como ato inexistente praticado por autoridade incompetente, a decisão monocrática que concede tutela antecipada antes da admissão do IRDR pelo órgão colegiado é viciada por nulidade absoluta.

Insta trazer à tona, por se revelar oportuno, algumas considerações de Donizetti, enfatizando que a delimitação da competência para a prática de determinados atos processuais impõe limites da atuação do órgão jurisdicional, sendo que sua inobservância acarretará na nulidade dos atos praticados por violação ao princípio do juízo natural

Competência é a demarcação dos limites em que cada juízo pode atuar; é a medida da jurisdição. Para que seja válido o processo, portanto, é necessário que o órgão jurisdicional que o presidirá e proferirá o julgamento seja competente para tanto. Aliás, o julgamento por órgão competente é direito fundamental do indivíduo e decorre da garantia ao juízo natural²⁷.

Ressalte-se, ademais, que em sua decisão monocrática o relator afirmou ser-lhe permitido deferir tutela provisória de urgência apesar da inexistência de previsão legal nesse sentido. Justificou seu posicionamento sob a alegação de que como a legislação autoriza a concessão de tutela provisória em processos de competência originária ou recursal, assim como em procedimentos especiais, também seria viável, por analogia, aplicar a técnica processual – tutela de urgência – em IRDR. Transcrevem-se abaixo o aludido trecho da decisão

²⁵ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

²⁶ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

²⁷ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** / ElpídioDonizetti. – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 208; 209, grifos no original.

No caso em estudo, tendo em vista a grande relevância da questão posta em análise, sobretudo o imenso número de processos em tramite na Justiça Comum e nos Juizados Especiais, representando universo de milhares de Ações e, sobretudo, a discrepância entre as decisões prolatadas, em que pese a inexistência de previsão legislativa ou regimental que autorize a análise do pedido de tutela provisória pelo relator do IRDR, *in limine litis*, entendo que desse modo devo proceder, pelo que passo a justificar meu posicionamento.

Ab initio, ressalto que o requerimento de tutela provisória aplica-se a toda e qualquer pretensão, inexistindo, *a priori*, limitação a sua incidência. Trata-se de possibilidade universal, devendo o Magistrado, tão somente, verificar se houve ou não o preenchimento dos requisitos que autorizam seu deferimento. Nota que o art. 299, parágrafo único, do CPC prevê, expressamente, a possibilidade do relator deferir tal providência, seja em sede de competência originária ou recursal

[...]

Soma-se a isso o fato de que o art. 318, parágrafo único, faculta sua aplicação aos procedimentos especiais. Certo é que o incidente de resolução de demandas repetitivas se não se trata de um deles, todavia não há impedido a aplicação analógica de tal imperativo à espécie, já que se constitui como incidente que possui regramento próprio²⁸.

Diante dos trechos supracitados, faz-se relevante enfatizar que o IRDR não se confunde com recurso ou com ação de competência originária de Tribunal. Tampouco se caracteriza como procedimento especial, consoante reconhecido pelo relator. O próprio nome já revela que se trata de incidente processual, que conforme incisos I e II do artigo 976 do CPC²⁹, poderá ser suscitado quando houver efetiva controvérsia sobre questão unicamente de direito, colocando em risco a segurança e isonomia jurídica – significa que para instauração do incidente se exige uma ofensa inicial à segurança e isonomia jurídica.

O IRDR, na realidade, consiste numa técnica processual destinada à priorização do julgamento de questões repetitivas e à formação de precedentes judiciais obrigatórios. As normas aplicáveis a ele estão contidas nos microsistemas legais destinados ao julgamento de casos repetitivos e à formação

²⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001**. Decisão Identificada sob o Documento Eletrônico nº 32. Órgão Julgador: 2ª Seção Cível. Relator: Ministro Amauri Pinto Ferreira. Data da redistribuição e renumeração do IRDR: 04 out. 2018, p. 06. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024>. Acesso em: 20 nov. 2019.

²⁹ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

concentrada de precedentes obrigatórios. Sobre tal questão, faz-se útil citar os ensinamentos dos processualistas Didier Jr. e Cunha

O microssistema de formação e aplicação de precedentes obrigatórios é formado pelo IRDR, pelos recursos repetitivos e, ainda, pelo incidente de assunção de competência. A formação de precedentes é o objetivo desse microssistema.
[...]

Por sua vez, o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC) não é integrado pelo incidente de assunção de competência, compondo-se pelo IRDR e pelos recursos repetitivos, com a finalidade de escolher, ao menos, dois processos para discussão e decisão, paralisando-se os demais que ficam à espera da decisão paradigmática³⁰.

Já delimitadas as normas que podem ser aplicadas ao IRDR, compete salientar que nem todos os dispositivos do microssistema se comunicam em razão de particularidades incompatíveis entre os institutos, tornando inviável o diálogo das fontes normativas. Como exemplo, pode-se mencionar a previsão contida no inciso II do artigo 1.037 do CPC, que atribui ao Presidente do Tribunal Superior a competência para determinar monocraticamente a suspensão dos processos repetitivos pendentes, bastando a constatação da existência de “multiplicidade de recursos especiais ou extraordinários com fundamento em idêntica questão de direito”³¹. Tal norma não é aplicável ao IRDR, pois da leitura do artigo 981 do CPC e do inciso I do artigo 982 do CPC³², percebe-se que a suspensão é consequência da admissão do incidente pelo órgão colegiado, cabendo ao relator apenas o dever de ordená-la.

Revela-se oportuno, agora, destacar o teor do inciso II do artigo 932 CPC, segundo o qual incumbe ao relator “apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal”³³. Observe-se, pois, que em nenhum momento o referido dispositivo autorizou ao relator a concessão de tutela de provisória em IRDR.

³⁰ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência priginária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.** – 13 ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 591; 592.

³¹ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

³² BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

³³ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Aliás, nos microssistemas normativos aplicáveis ao IRDR – artigo 976 e seguintes do CPC (IRDR); artigo 946 do CPC (incidente de assunção de competência); artigo 1.036 e seguintes do CPC (recurso repetitivo) –, também não há qualquer dispositivo que possibilite com que o relator, mediante decisão monocrática, admita provisoriamente o incidente em tutela de urgência, para determinar a imediata suspensão dos processos repetitivos pendentes.

Também não é possível ao relator conceder a referida tutela de urgência por analogia – utilizando normas de procedimento comum, dos recursos e/ou dos procedimentos especiais –, tendo em vista a inexistência de qualquer lacuna legislativa. A questão da suspensão dos processos repetitivos pendentes foi regulamentada de forma suficiente por ocasião do inciso I do artigo 982 do CPC³⁴, que a condicionou à prévia admissão do IRDR pelo órgão colegiado competente.

A suspensão é efeito automático da admissão do IRDR – ao relator cabe ordená-la – e, se comparada à tutela de urgência, goza do privilégio de não exigir a demonstração do perigo de dano e da probabilidade do direito. Nesse sentido, o Enunciado 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) afirma que “Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática”³⁵. Por sua vez, ao referir-se ao inciso I do artigo 982 do CPC, o Enunciado 92 dispõe que “A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência”³⁶.

Ainda no que diz respeito à competência exclusiva do órgão colegiado para realizar o juízo de admissibilidade do IRDR e, assim, promover a suspensão dos processos repetitivos pendentes, convém mencionar os ensinamentos de Didier Jr. e Cunha

Para que os processos sejam suspensos, não basta a instauração do IRDR; é preciso que ele seja admitido.

Não é necessária concessão de uma tutela de urgência para que se suspendam os processos em curso. Basta que o IRDR seja admitido para que haja a suspensão. Admitido o IRDR, todos os processos que versem sobre aquela questão

³⁴ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

³⁵ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). **Enunciados do Fórum Permanente e Processualistas Civis**, 2017, p. 19. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

³⁶ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). **Enunciados do Fórum Permanente e Processualistas Civis**, 2017, p. 19. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

jurídica repetitiva devem ser suspensos, inclusive os que tramitam no âmbito dos Juizados Especiais³⁷.

Importante atentar que diante da desnecessidade de tutela de urgência para suspensão, em IRDR, dos processos repetitivos pendentes, há de se concluir também pela desproporcionalidade da decisão monocrática do relator que determina a suspensão em juízo de cognição sumária, em desrespeito ao artigo 8º do CPC³⁸.

Além do mais, mesmo na hipótese em que o incidente é suscitado de ofício pelo próprio relator na forma do inciso I do artigo 977 do CPC, permanece a vedação ao exercício do juízo de admissibilidade por meio de decisão monocrática – inclusive em cognição sumária –, devendo ser resguardada a competência exclusiva do órgão colegiado. Ressalte-se que a competência para o exercício do juízo de admissibilidade do IRDR foi atribuída exclusivamente ao órgão colegiado, e não ao relator, em razão da complexidade temática e da relevância de sua consequência jurídica imediata, consistente na suspensão dos diversos processos pendentes que discutam a mesma questão controvérsia de direito.

Dante da normatização conferida ao IRDR, não poderia o relator exercer o juízo de admissibilidade em caráter provisório e determinar a suspensão dos processos pendentes via tutela de urgência, nem mesmo por delegação do órgão colegiado competente para realizar o juízo de admissibilidade. Caso contrário, estaria caracterizada ofensa ao princípio da indelegabilidade, cujo conteúdo se expõe adiante a partir das lições de Donizetti

Tal como não se admite a prorrogação da atividade de um julgador fora dos limites traçados pelas regras de competência, salvo nos casos expressos em lei, e igualmente não se permite que o juiz se escuse de decidir uma causa que lhe foi distribuída, também não pode ele ou o tribunal delegar suas funções a outra pessoa ou órgão jurisdicional. Se a lei disciplina a competência jurisdicional, não há razões para afastá-la ou permitir que esta função seja exercida por outrem³⁹.

Assevera-se, pois, que a suspensão dos processos repetitivos pendentes é consequência da admissão do IRDR pelo órgão colegiado competente, ao

³⁷ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência priginária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.– 13 ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 635.

³⁸ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

³⁹ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** / ElpídioDonizetti. – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 149.

passo que ao relator incumbe apenas determiná-la. Não é juridicamente possível ao relator, via tutela provisória de urgência, ordenar a suspensão dos processos repetitivos antes da admissão do IRDR pelo órgão colegiado, nem mesmo por analogia, haja vista a normatização contida nos microssistemas legais destinados ao julgamento de casos repetitivos e à formação concentrada de precedentes obrigatórios.

2.3. A inviabilidade de utilização de IRDR como método de prevenção à prolação de decisões que ofendam a segurança e a isonomia jurídica

Ao pedir que o relator determinasse a suspensão dos processos repetitivos pendentes que tratasse das mesmas questões tidas por controvertidas em sua petição, antes mesmo da admissão do incidente pelo órgão colegiado, a Samarco (suscitante) se fundamentou no preenchimento dos requisitos exigidos à admissão do IRDR – incisos I e II do artigo 976 do CPC – e também daqueles indispensáveis à concessão da tutela provisória de urgência – artigo 300, *caput* e §3º, do CPC.

Afirmou, portanto, estar presente o requisito do “perigo de dano”, essencial à concessão da tutela de urgência, sob o argumento de que haveria risco de ofensa à segurança e isonomia jurídica em razão da prolação de outras decisões díspares no que tange à definição do valor da indenização resultante dos danos morais provocados pela interrupção do abastecimento de água potável encanada. Nesse contexto, a suscitante ponderou que a medida seria necessária para de impedir a existência de novas sentenças divergentes quanto ao valor da indenização. Reproduz-se adiante, o trecho da referida petição

No caso dos autos, a plausibilidade do direito da ora suscitante é constatada a partir do preenchimento dos requisitos de admissibilidade do IRDR quais sejam: a *efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica* vastamente demonstrado na presente manifestação.

[...]

Para além da probabilidade do direito, é evidente o risco ao resultado útil do incidente caso prossigam as ações individuais por ele abarcadas. Isso porque, até que seja julgada a admissibilidade do presente IRDR, serão distribuídos e julgados outros milhares de ações decorrentes dos mesmos fatos, perpetuando a divergência de entendimentos nas Varas Cíveis e Juizados Especiais do estado, o que torna concreto o risco à isonomia que este Incidente visa a evitar⁴⁰.

⁴⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001**. Petição Identificada sob o Documento Eletrônico nº 02. Órgão Julgador: 2ª Seção Cível. Relator: Ministro Amauri Pinto Ferreira. Data da redistribuição e re-

Ao conceder, em sua decisão monocrática, a tutela de urgência nos moldes requeridos pela Samarco, o relator argumentou que o indeferimento da medida resultaria na ampliação da situação de ofensa à segurança e isonomia jurídica, haja vista a possibilidade da prolação de outras decisões divergentes, por exemplo, quanto ao valor da indenização dos danos morais provocados pela interrupção do serviço público de fornecimento de água potável encanada. Veja-se

No que se refere ao perigo de dano, entendo que o indeferimento da pretensão de urgência ensejará a manutenção da situação de insegurança jurídica decorrente da disparidade de decisões, o que, como acima exposto, por si só, é muito nocivo a sociedade e ao Poder Judiciário. Assim, julgo ser medida mais consentânea que se determine a suspensão de todos os processos em curso na Justiça Comum e nos Juizados Especiais até ulterior decisão a ser proferida no presente incidente que tenham como causa de pedir e/ou pedido indenização moral decorrente da interrupção no fornecimento da água e/ou dúvida quanto a sua qualidade, após o retorno da captação e distribuição, em razão do rompimento da barragem do Fundão em Mariana, MG⁴¹.

Dante das manifestações supramencionadas, surge a seguinte indagação: o IRDR possui uma finalidade preventiva que justificaria juridicamente ao relator conceder monocraticamente tutela de urgência para admitir provisoriamente a instauração do incidente e determinar a suspensão imediata dos processos repetitivos pendentes, sob o fundamento de haver o perigo de que novas decisões divergentes sejam proferidas enquanto não admitido o IRDR pelo órgão colegiado competente?

Do teor dos incisos I e II do artigo 976 do CPC⁴² observa-se que o IRDR terá cabimento quando houver efetiva controvérsia acerca de uma mesma

numeração do IRDR: 04 out. 2018, p. 33, grifos no original. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁴¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001**. Decisão Identificada sob o Documento Eletrônico nº 32. Órgão Julgador: 2ª Seção Cível. Relator: Ministro Amauri Pinto Ferreira. Data da redistribuição e renumeração do IRDR: 04 out. 2018, p. 11. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁴² BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

questão unicamente de direito, representando risco de ofensa à segurança e isonomia jurídica. Verifica-se, portanto, que o IRDR não tem como objetivo prevenir a existência de decisões judiciais divergentes capazes de ofender a segurança e a isonomia jurídica, pois, na verdade, o incidente só terá cabimento diante da verificação da existência de divergência atual acerca de questão unicamente de direito – exige-se, portanto, uma ofensa inicial à segurança e isonomia jurídica.

Por se mostrar oportuno, convém trazer à tona algumas ponderações pertinentes realizadas por Neves

Cabe registrar que, no projeto aprovado originariamente no Senado, o incidente tinha natureza preventiva porque poderia ser instaurado quando “*identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito*”. A redação aprovada afasta essa realidade a exigir a existência de múltiplos processos, dando a entender que a questão jurídica deve ser enfrentada e decidida em diversos processos antes de ser instaurado o incidente processual.

A redação final do dispositivo deve ser elogiada porque é necessária uma maturação no debate jurídico a respeito da questão jurídica para que só então seja instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas. O dissenso inicial a respeito da mesma questão jurídica, apesar de ofender a isonomia e a segurança jurídica, é essencial para uma maior exposição e mais aprofundada reflexão sobre todos os entendimentos possíveis a respeito da matéria⁴³.

No mesmo sentido, Theodoro Júnior pondera que a legislação em vigor exige “que seja atual a efetiva pluralidade de processos, com decisões díspares acerca da interpretação da mesma norma jurídica. O incidente, em outros termos, não foi concebido para exercer uma função *preventiva*, mas *repressiva* de controvérsias jurisprudenciais preexistentes”⁴⁴. Portanto, a existência de efetiva divergência interpretativa verificada em decisões variadas, consiste em pressuposto para a admissibilidade de IRDR pelo órgão colegiado. Essa “quebra” da segurança e da isonomia jurídica constitui-se como causa de pedido do IRDR e não como algo que deve ser evitado em caráter preventivo.

Quanto maior o número de decisões divergentes, maior será o campo de fundamentação utilizada, contribuindo para a fixação de uma tese jurídica que seja realmente capaz de manter a estabilidade, a coerência e a integridade da jurisprudência dos Tribunais. Assevera-se, pois, que o IRDR não tem a finalidade de evitar a existência de decisões que representem ofensa à segurança e

⁴³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 1593; 1594, grifos no original.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. – 51 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018a, [s/p], grifos no original. [E-Book]

isonomia jurídica, mas sim, de formar teses jurídicas que nortearão a atuação do intérprete em processos que versem sobre a mesma questão controvertida e unicamente de direito.

Somente após a admissão do IRDR pelo órgão colegiado competente e à consequente suspensão dos processos pendentes pelo relator, além do amplo debate acerca das teses jurídicas mais adequadas à solução das questões controvertidas, fomentado pelos fundamentos constantes nos processos repetitivos pendentes na forma do § 2º do artigo 984 do CPC⁴⁵, é que será fixada a tese jurídica obrigatória – jurisprudência uniformizadora. Esta sim, na forma do artigo 985 do CPC⁴⁶, terá o propósito de combater o risco de ofensa à segurança e isonomia jurídica, ao evitar a prolação de decisões contraditórias; cabendo, inclusive, a apresentação de reclamação em caso de inobservância, conforme preceitua o inciso IV do artigo 988 do CPC⁴⁷.

Assim, evidencia-se a inadequação da tutela de urgência concedida monocraticamente pelo relator antes da admissão do IRDR para determinar a suspensão dos processos repetitivos pendentes, sob o argumento de que a espera pela admissão do IRDR pelo órgão colegiado importaria em risco de ofensa à segurança e à isonomia jurídica. Fica evidente, de tal forma, a ausência do requisito do “perigo de dano” mencionado pelo *caput* do artigo 300 do CPC, o qual é indispensável ao deferimento da tutela provisória de urgência.

2.4. A inexistência de direito do suscitante a ser protegido em tutela provisória de urgência que suspende processos repetitivos em IRDR

Conforme já salientado, a tutela provisória de urgência se divide em duas espécies: antecipada (satisfativa) e cautelar. Enquanto que a primeira visa antecipar os efeitos de uma eventual decisão que venha a acolher as pretensões relativas ao direito material afirmado pelo interessado na medida, a segunda intenta assegurar o resultado útil do processo por meio de medidas que impeçam o perecimento do direito pretendido na ação.

Ao tratar das tutelas de urgência antecipada e cautelar, Viana destaca que “Uma e outra visam, por atalhos diferentes, duelar com os efeitos

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

maléficos que o tempo pode trazer às pessoas e seus direitos”⁴⁸. Em todo caso, pode-se constatar que em ambos os casos o interessado está obrigado a demonstrar a probabilidade do direito que afirma ser seu e que estaria sendo ameaçado ou lesado (*periculum in mora*) – perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Surge, daí, um questionamento relevante: há algum direito daquele que suscitou o IRDR, a ser tutelado por ocasião do exercício do juízo de admissibilidade do incidente ou na eventual formação do precedente obrigatório? Tal indagação é essencial, uma vez que, conforme já frisado anteriormente, o pedido de tutela provisória de urgência visa antecipar a satisfação de direito pertencente ao interessado na medida ou impedir seu perecimento em razão do lapso temporal que decorrerá até o encerramento do processo.

Vale lembrar que a admissão do IRDR pelo órgão colegiado tem como consequência imediata a suspensão dos processos pendentes que tratem sobre as mesmas questões qualificadas como controvertidas e exclusivamente de direito, enquanto que a formação do precedente obrigatório tem o condão de preservar a segurança e isonomia jurídica no que concerne às referidas questões, evitando divergências decisórias no futuro – após sua formação.

Ademais, apesar do interesse coletivo envolvido no julgamento de IRDR, este não se confunde com as ações coletivas, nas quais se promove uma reunião de ações singulares. Nestas últimas, a parte autora atua como legitimado extraordinário na defesa de direitos pertencentes à coletividade, na forma dos incisos I, II e III do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁹ (CDC) – difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (BRASIL, 1990).

Ao se considerar que o IRDR tem como objetivo a formação de precedente de observância obrigatória, denota-se que nele não haverá, propriamente, a tutela de direitos coletivos nos moldes que ocorre em ações coletivas. Na realidade, apenas serão dirimidas controvérsias acerca de questões unicamente de direito, na intenção de preservar a segurança e isonomia jurídica. Não por acaso, a formação da jurisprudência uniformizadora não retira do juízo dos processos repetitivos a competência para sentenciá-los. De acordo com Theodoro Júnior

Com tal mecanismo se intenta implantar uniformidade de tratamento judicial a todos os possíveis litigantes colocados em situação igual àquela disputada

⁴⁸ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. A Tutela de Urgência e de Evidência no NCPC. **Revista Nomos – Programa de Pós-Graduação em Direito (UFC)**, Ceará, v. 35, n. 02, p. 215-224, 2015, p. 02. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2529>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078** de 11 set. 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

no caso padrão. Cumpre-se, por seu intermédio, duplo objetivo: a par de racionalizar o tratamento judicial das causas repetitivas (arts. 976; 980 a 984), o incidente visa formar precedente de observância obrigatória (art. 985).

Trata-se, portanto, de remédio processual de incontestável caráter coletivo. Não se confunde, entretanto, com as conhecidas ações coletivas, que reúnem num mesmo processo várias ações propostas por um único substituto processual em busca de um provimento de mérito único que tutele os direitos subjetivos individuais homogêneos de todos os interessados substituídos. O incidente de resolução de demandas repetitivas não reúne ações singulares já propostas ou por propor. Seu objetivo é apenas estabelecer a tese de direito a ser aplicada em outros processos, cuja existência não desaparece, visto que apenas se suspendem temporariamente e, após, haverão de sujeitar-se a sentenças, caso a caso, pelos diferentes juízes que detêm a competência para pronunciá-las. O que, momentaneamente, aproxima as diferentes ações é apenas a necessidade de aguardar o estabelecimento da tese de direito de aplicação comum e obrigatória a todas elas. A resolução individual de cada uma das demandas, porém continuará ocorrendo em sentenças próprias, que poderão ser de sentido final diverso, por imposição de quadro fático distinto. De forma alguma, entretanto, poderá ignorar a tese de direito uniformizada pelo tribunal do incidente, se o litígio, de alguma forma, se situar na área de incidência da referida tese⁵⁰.

Assim, revela-se descabida a suspensão dos processos pendentes mediante tutela de urgência concedida monocraticamente pelo relator após admissão provisória do incidente, em razão da inexistência de direito do suscitante a ser tutelado no IRDR – e, portanto, a ser protegido pela tutela de urgência –, seja por ocasião do juízo de admissibilidade, ou mesmo no julgamento do mérito do incidente, oportunidade em que será fixada a tese jurídica vinculante.

Note-se que a espera pelo juízo de admissibilidade, a ser exercido pelo órgão colegiado, não é capaz de inviabilizar o objetivo do precedente – a formação do precedente obrigatório que visa evitar riscos de ofensa à segurança e isonomia jurídica –, não sendo caso de tutela de urgência cautelar. Do mesmo modo, a suspensão dos processos repetitivos pendentes não se presta a adiantar para o suscitante os efeitos da decisão de mérito do incidente, consistente na vinculação de tais processos à tese jurídica estabelecida, não sendo justificável a concessão de tutela de urgência antecipada (satisfativa).

Verifica-se, com isso, a ausência dos requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano a direito do suscitante – requisitos previstos no *caput* do artigo 300 do CPC –, não sendo juridicamente possível ao relator admitir provisoriamente a instauração de incidente via tutela provisória de urgência (cautelar ou antecipada), para determinar a suspensão imediata dos processos repetitivos pendentes.

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. – 51 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018a, [s/p] [E-Book]

2.5. A produção de risco de dano irreparável em razão da suspensão dos processos pendentes via tutela de urgência concedida monocraticamente pelo relator em IRDR

Em relação à suspensão dos processos repetitivos pendentes, via tutela de urgência concedida monocraticamente pelo relator, as consequências de tal decisão devem ser analisadas à luz do direito fundamental ao acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/88⁵¹ e no artigo 3º do CPC⁵², o qual demanda uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Como indicado no parágrafo anterior, o acesso à justiça está intimamente relacionado à prestação tempestiva da tutela jurisdicional, isto é, pela efetividade do direito fundamental à razoável duração do processo, constante no inciso LXXVIII do artigo 5º da CRFB/88⁵³ e no artigo 4º do CPC⁵⁴. Nesse viés, convém destacar as ponderações de Marinoni, Arenhart e Mitidiero

[...] o direito à tutela jurisdicional só pode ser concebido como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (arts. 5º, XXXV e LXXVIII, CF, e 3º e 4º, CPC). A ação é direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo [...]

[...]

O direito à duração razoável do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas [...] O que a Constituição e o novo Código determinam é a eliminação do tempo patológico - a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. O direito ao processo justo implica direito ao processo sem dilações indevidas, que se desenvolva temporalmente dentro de um tempo justo⁵⁵.

Como visto no trecho supramencionado, o direito à razoável duração do processo importa na obrigação da solução do mérito dentro de um prazo

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁵² BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁵³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. – 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 156; 159.

considerado como justo, não se exigindo rapidez do provimento jurisdicional. Tal situação, entretanto, é diferente em relação aos processos que tramitam nos Juizados Especiais, visto que para estes, a teor do artigo 2º da Lei 9.099/95⁵⁶, aplica-se o princípio da celeridade processual, exigindo-se certa rapidez na resolução do mérito da ação.

Atente-se que na hipótese de eventual inadmissão do IRDR pelo órgão colegiado, não referendando a decisão monocrática do relator, verificar-se-á que apesar do não preenchimento dos requisitos exigidos à admissibilidade, o incidente ainda assim terá provocado seu principal efeito imediato consistente na suspensão dos processos repetitivos pendentes. Com isso, a tutela de urgência deferida monocraticamente pelo relator frustrará a expectativa dos autores dos processos repetitivos pendentes à reparação dos danos causados em tempo razoável – e no que tange aos processos dos juizados especiais, haverá violação ao direito à celeridade processual.

A mesma situação do parágrafo anterior – violação indevida dos direitos à razoável duração do processo, à tutela jurisdicional efetiva (justiça comum) e à celeridade processual (juizado especial) – também ocorrerá no caso de eventual admissão do IRDR pelo órgão colegiado. Isso porque, ao período de suspensão processual decorrente da tutela de urgência, somar-se-á um novo período de suspensão, pelo prazo de um ano, decorrente da admissão do IRDR pelo órgão colegiado. Observe-se que, nesse cenário, os processos pendentes ficarão suspensos por período superior ao prazo máximo – de um ano – assinalado no *caput* do artigo 980 do CPC⁵⁷. Haverá, ainda, a possibilidade de prorrogação desse prazo de suspensão na forma do parágrafo único do artigo 980 do CPC⁵⁸.

Depreende-se, assim, que tanto na hipótese de eventual admissão, quanto de inadmissão do IRDR pelo órgão colegiado, a tutela de urgência anteriormente concedida pelo relator em decisão monocrática resultará em violação ao direito fundamental à duração razoável do processo (Justiça Comum) e ao direito à celeridade processual (Juizado Especial) e, consequentemente, ao direito fundamental ao acesso à justiça.

Ressalte-se, novamente, que a competência para o exercício do juízo de admissibilidade do IRDR foi atribuído exclusivamente ao órgão colegiado,

⁵⁶ BRASIL. **Lei 9.099** de 26 set. 1999. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁵⁸ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

justamente por se tratar de decisão jurídica complexa, dotada de uma consequência imediata de grande repercussão jurídica e social, consistente na suspensão dos diversos processos pendentes que tratem das mesmas questões qualificadas como controvertidas e exclusivamente de direito.

No caso do IRDR nº 1.0273.16.000.131-2/001, a tutela provisória de urgência concedida pelo relator terá como consequência inevitável a frustração da expectativa de reparação em tempo razoável – ou célere (juizados especiais) –, dos danos morais resultantes de poluição de máxima magnitude, beneficiando de forma injusta os poluidores, uma vez que acabará por postergar a obrigação de pagar as indenizações, situação que lhes conferirá vantagem econômica.

Diante do cenário exposto, pode-se afirmar que a decisão monocrática do relator, determinando a suspensão dos processos pendentes via tutela de urgência, não atende à exigência de cumprir com sua função social, expressada na efetivação do bem comum (pacificação social). Trata-se, assim, de decisão que contraria a disposição contida no artigo 8º do CPC⁵⁹ e no artigo 5º Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶⁰ (LINDB).

Evidencia-se, desse modo, o não preenchimento do requisito constante no § 3º do artigo 300 do CPC⁶¹, consistente na ausência de perigo de irreversibilidade da medida pretendida via tutela de urgência. A suspensão dos processos repetitivos pendentes, por decisão monocrática do relator, produzirá risco de dano irreparável, seja o incidente posteriormente admitido ou não pelo órgão colegiado competente.

CONCLUSÃO

O grave desastre ambiental ocorrido em novembro de 2015, no Município de Mariana, resultante do rompimento da barragem de rejeitos de minério da mineradora Samarco, causou impactos socioambientais diversos, além de danos a direitos fundamentais individuais. Aproximadamente 1,2 milhão de pessoas foram atingidas, sendo que a maior parte ficou temporariamente sem acesso à água potável encanada, uma vez que os municípios onde residiam realizavam captação de água no Rio Doce. Como consequência foram propos-

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁶⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657** de 04 set. 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁶¹ BRASIL. **Lei nº13.105** de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16mar. 2015, [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

tas milhares de ações com pedido de indenização por danos morais devido à violação do direito humano e fundamental ao acesso à água potável.

Dante dessa situação, a Samarco suscitou pela instauração de IRDR e, em caráter preliminar, pediu ao relator que concedesse tutela provisória de urgência para determinar a suspensão dos processos pendentes antes do exercício do juízo de admissibilidade pelo órgão colegiado. O relator acolheu o pedido preliminar formulado pela Samarco, afirmando estarem presentes os requisitos da tutela provisória de urgência: *i) evidência probabilidade do direito; ii) perigo de dano; iii) ausência de perigo de irreversibilidade da medida pretendida*. Sob tal vertente, o relator admitiu provisoriamente o incidente por compreender pela presente dos pressupostos exigidos pelos incisos I e II do artigo 976 do CPC.

No entanto, demonstrou-se, no presente trabalho, a incoerência jurídica da decisão monocrática que admitiu provisoriamente a instauração do IRDR mediante tutela de urgência, para determinar a suspensão imediata dos processos repetitivos que versem sobre as mesmas questões qualificadas pela Samarco (suscitante) como controvertidas e unicamente de direito. Isso porque não foram observadas as normas que regulamentam o IRDR e, também, devido ao não cumprimento dos requisitos cumulativos indispensáveis à tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) ou cautelar.

De acordo com os microssistemas de julgamento de casos repetitivos e de formação de precedentes obrigatórios, a suspensão dos processos repetitivos pendentes depende, necessariamente, da admissão do IRDR pelo órgão colegiado competente, momento em que o incidente passa de fato a existir no mundo jurídico, criando aptidão para produzir seus efeitos. Não é viável ao relator, em sede de IRDR, conceder tutela provisória de urgência com tal propósito, nem mesmo por analogia, haja vista a inexistência de lacuna normativa.

Após, enfatizou-se que a instauração do IRDR depende da prévia demonstração de efetiva controvérsia acerca de questão unicamente de direito, evidenciando a necessidade de numa ofensa inicial à segurança e isonomia jurídica. Não se pode justificar a suspensão dos processos repetitivos pendentes via tutela provisória de urgência concedida monocraticamente pelo relator, sob a alegação de que seria necessária medida de prevenção contra a prolatação de novas decisões divergentes, enquanto não admitido o IRDR pelo órgão colegiado. O combate ao risco de ofensa à segurança e isonomia jurídica - objetivo do IRDR -, na verdade, é atribuição exercida pela jurisprudência uniformizadora que eventualmente será formada com o julgamento do mérito do incidente, após sua efetiva admissão pelo órgão colegiado e a posterior fixação da tese jurídica.

Em terceiro plano, foi salientado que a concessão das tutelas provisórias de urgência, tanto na modalidade antecipada (satisfativa) quanto cautelar,

exige do interessado a demonstração da probabilidade do direito afirmado, evidenciando-se também o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Tais requisitos inexistem em relação ao suscitante do IRDR, uma vez que tanto no exercício do juízo de admissibilidade, quanto na decisão que eventualmente formará a jurisprudência uniformizadora, não se tutelará direito pertencente àquele que suscitou pela instauração do incidente.

Por fim, ressaltou-se que a suspensão dos processos pendentes, via tutela provisória de urgência concedida pelo relator, produz risco de dano irreparável consistente na violação aos direitos fundamentais à duração razoável do processo (justiça comum) e ao direito à celeridade processual (juizados especiais). Pode-se dizer, portanto, que a concessão de tutela de urgência pelo relator, admitindo provisoriamente o incidente e determinando a imediata suspensão dos processos pendentes, resulta em ofensa ao direito fundamental ao acesso à justiça que exige uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

No caso de posterior não admissão do IRDR pelo órgão colegiado, ficará evidente que a suspensão determinada via tutela de urgência pelo relator acarretará na postergação desnecessária e, portanto, não razoável, da apreciação das pretensões indenizatórias formuladas pelos autores dos processos repetitivos pendentes que foram suspensos. Ademais, mesmo com a posterior admissão do incidente pelo órgão colegiado, o dano irreparável também seria produzido, uma vez que os processos pendentes ficariam suspensos por período superior a um ano, que é o prazo máximo legal previsto para duração da suspensão resultante da admissão do IRDR – embora seja possível sua prorrogação.

Pode-se concluir, assim, que não é juridicamente possível ao relator admitir provisoriamente a instauração de IRDR via tutela de urgência (cautelar ou antecipada), para determinar a imediata suspensão dos processos repetitivos pendentes. Seja porque a medida não é cabível ante as normas aplicáveis ao incidente, ou em razão do não preenchimento dos pressupostos indispensáveis à concessão da tutela de urgência.

No caso do IRDR nº 1.0273.16.000.131-2/001, que serviu de justificativa para o presente trabalho, a tutela de urgência concedida pelo relator frustrará a expectativa pela reparação dos danos morais provocados pelo desastre ambiental da Samarco em tempo razoável – ou célere, nos Juizados Especiais –, trazendo benefícios econômicos ao poluidor devido à postergação da obrigação de indenizar.

REFERÊNCIAS

BORGES, Caio; MASO, Tchenna Fernandes. The Collapse of the River Doce Dam. *SSRN*, Rochester/NY, v. 14, n. 25, p. 71-87, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3106766>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 set. 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 set. 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Lei 9.099 de 26 set. 1999. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência priginária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. - 13 ed. reform. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do novo processo civil*. - 2. ed. - São Paulo: Malheiros, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. - 20. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). *Enunciados do Fórum Permanente e Processualistas Civis*, 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). *Laudo Técnico Preliminar - Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais*. Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf>. Acesso em 20 nov. 2019.

LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. - São Paulo: Atlas, 2018. [E-Book]

MATHIAS, Maíra; JÚNIA, Raquel. Cenário de fim do mundo no rastro da lama. *EPSJV/Fiocruz*. Rio de Janeiro, 21 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/cenario-de-fim-do-mundo-no-rastro-da-lama>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. - 3. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *TJMG admite IRDR relacionado à falta de água após acidente da Samarco*. Assessoria de Comunicação Institucional (Ascom), Belo Horizonte, 27 ago. 2018a. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-admite-irdr-relacionado-a-falta-dagua-apos-acidente-da-samarco.htm#XNG4Oo5Ki01>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001*. Órgão Julgador: 2ª Seção Cível. Relator: Ministro Amauri Pinto Ferreira. Data da redistribuição e renumeração do IRDR: 04 out. 2018. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001*. Petição Identificada sob o Documento Eletrônico nº 02. Órgão Julgador: 2ª Seção Cível. Relator: Ministro Amauri Pinto Ferreira. Data da redistribuição e renumeração do IRDR: 04 out. 2018. Disponível em: <[http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001**. Decisão Identificada sob o Documento Eletrônico nº 32. Órgão Julgador: 2ª Seção Cível. Relator: Ministro Amauri Pinto Ferreira. Data da redistribuição e renumeração do IRDR: 04 out. 2018. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001**. Decisão Identificada sob o Documento Eletrônico nº 43. Órgão Julgador: 2ª Seção Cível. Relator: Ministro Amauri Pinto Ferreira. Data da redistribuição e renumeração do IRDR: 04 out. 2018. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024>. Acesso em: 20 nov. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2018.

REIS, Émilien Vilas Boas; BIZAWU, Kiwonghi. A Encíclica Laudato Si à Luz do Direito Internacional do Meio Ambiente. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, 2015. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/issue/view/37/showToc>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. – 51 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018a. [E-Book]

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I. – 51 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018b. [E-Book]

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. A Tutela de Urgência e de Evidência no NCPC. **Revista Nomos – Programa de Pós-Graduação em Direito (UFC)**, Ceará, v. 35, n. 02, 2015, p. 215-224. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2529>>. Acesso em: 20 nov. 2019.