Organizadores:
Lucio Flávio de Paiva
Ricardo Martins Spindola Diniz
Silzia Alves de Carvalho

DIREITO, PROCESSO, E JURISDIÇÃO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO:

EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS NO CAMPO DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Coleção Experiência Jurídica
nos 30 anos da Constituição Brasileira

4

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:
Rafael Lara Martins
Saulo Pinto Coelho

tirant
lo blanch

Copyright© *2018 by Lucio Flávio de Paiva, Ricardo Martins Spindola Diniz & Silzia Alves de Carvalho*

Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

Juarez Tavares
Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

Luis López Guerra
Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

Owen M. Fiss
Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

D635

Direito, processo e jurisdição nos 30 anos da constituição : experiências e desafios no campo do direito processual brasileiro / organização Lúcio Flávio Siqueira de Paiva , Ricardo Martins Spindola Diniz , Sílzia Alves Carvalho ; coordenação Rafael Lara Martins , Saulo Pinto Coelho. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Tirant Lo Blanch, 2018.
236 p. : il. ; 21 cm. (Experiência jurídica nos 30 anos da Constituição brasileira)

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-9477-210-7

1. Direito processual - Brasil. 2. Direito constitucional - Brasil. 3. Jurisdição. I. Paiva, Lúcio Flávio Siqueira de. II. Diniz, Ricardo Martins Spindola. III. Carvalho, Sílzia Alves. IV. Martins, Rafael Lara. V. Coelho, Saulo Pinto. VI. Série.

18-51746

CDU: 347.9

Vanessa Mafra Xavier Salgado - Bibliotecária - CRB-7/6644

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.
A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).
Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editoral Ltda.

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca
Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D
Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040
www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Organizadores:
Lúcio Flávio Siqueira de Paiva
Ricardo Martins Spindola Diniz
Sílzia Alves Carvalho

DIREITO, PROCESSO, E JURISDIÇÃO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO:

EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS NO CAMPO DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Coleção Experiência Jurídica
nos 30 anos da Constituição Brasileira

4

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:
Rafael Lara Martins
Saulo Pinto Coelho

empório do direito .com.br

tirant lo blanch

COLEÇÃO EXPERIÊNCIA JURÍDICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO - ESA/OAB-GO E PPG-DP-UFG

Coordenação:

Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO) e

Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)

Conselho Científico da Coleção:

Profa. Dra. Alessandra Silveira (U.Minho - Portugal)

Prof. Dr. Alexandre Walmott (UFU)

Profa. Dra. Diva Julia Safe Coelho (UFU)

Prof. Dr. Felipe Bambirra (Uni-Alfa)

Prof. Dr. Gonçal Mayos Solsona (UB - Espanha)

Prof. Dr Leonardo Nunes (UFOP)

Prof. Dr. João Porto (UniRV)

Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (UFG)

Prof. Dr. Rogerio Gesta Leal (UNISC)

Prof. Dr. Saulo Pinto Coelho (UFG)

SUMÁRIO

COLEÇÃO - EXPERIÊNCIA JURÍDICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA 7

Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)
e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)

APRESENTAÇÃO DO LIVRO 11

Ricardo Martins Spindola Diniz
Silzia Alves de Carvalho
Lucio Flávio de Paiva

APRESENTAÇÃO DOS COORDENADORES E ORGANIZADORES . . 19

APRESENTAÇÃO DOS AUTORES 21

PREFÁCIO 23

Leonardo Silva Nunes

NAS ENTRELINHAS DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: DA COMPOSIÇÃO À JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 29

Wagner Vinicius de Oliveira

ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: SUPREMACIA JUDICIAL E DEGENERAÇÃO DEMOCRÁTICA . . . 53

Tiago Henrique Torres

REFLEXÕES SOBRE (DES)LEALDADE CONSTITUCIONAL A PARTIR DA ARQUEOLOGIA DO JURAMENTO DE GIORGIO AGAMBEN E O "PECULIAR COMPROMISSO" DO MINISTRO EDSON FACHIN NO STF 75

Thiago Aguiar de Pádua

MUDANÇA ESTRUTURAL DA FORMA CONSTITUCIONAL: COMPROMISSOS DILATÓRIOS, METODOLOGIA JURÍDICA E ATIVISMO JUDICIAL ATRAVÉS DE CARL SCHMITT 111

Ricardo Martins Spindola Diniz

MANDADO DE INJUNÇÃO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA . . . 147

Wagner Vinicius de Oliveira
Álvaro Roberto Gondim Fernandes

O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO–EM BUSCA DE FUNDAMENTOS ADEQUADOS PARA SUA EXISTÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO 167

Hugo Malone Passos

PROCESSUALIDADE DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: O NOVO PERFIL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO SÉCULO XXI 193

Gustavo Ferreira Santos

Luiz Carlos Figueira de Melo

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA: DA CULTURA DA SENTENÇA ESTATAL AO TRIBUNAL MULTIPORTAS 215

Bruna Vian Fetz

COLEÇÃO

EXPERIÊNCIA JURÍDICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Mais que um a Ciência, o Direito é uma *experiência*. Uma experiência social complexa. Experiência no sentido expressado por pensadores como Hegel e Gadamer. Assim, é experiência, tanto no sentido imediato (*Erlebnis*, em alemão), vivência concreta de algo na dimensão existencial da cognição-ação (práxis) humana; quanto no seu sentido mediato (*Erfahrung*), experiência refletida, organizada epistemologicamente.

No campo do Direito, a experiência jurídica foi pensada e priorizada como a categoria fundamental dessa realidade social por juristas como o italiano Paolo Grossi, ou o brasileiro Miguel Reale, dentre outros.[1] (COELHO, 2010, p. 98-115)

Experiência jurídica é o complexo movimento existencial do Direito, desde a sua elaboração, à sua concreção; da abstrata dimensão legislativa, antecedida da política legislativa e da *jurisgênese* da norma abstrata, à dinâmica concreção normativa dos direitos, tanto a concreção vivida espontaneamente (vivência jurídico social do Direito), como a concreção orquestrada profissionalmente (vivência jurídico institucional), e à aplicação do Direito, que também é, em alguma medida e com limites, um momento *jurisgenético*.[2] (COELHO, 2017) Entre a elaboração do Direito e a concreção dos direitos, a experiência

1 Para uma articulação desses autores no que diz respeito à compreensão do direito como experiência, veja-se o artigo *Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito*, de Saulo Pinto Coelho. (2010, p. 98-115)

2 Em *Modelos jurídicos e função atualizadora da hermenêutica em Miguel Reale: a dialética da experiência de concreção do Direito* (COELHO, 2017) é possível acessar detalhamentos acerca da dinâmica da experiência jurídica à qual nos referimos.

jurídica ainda abarca os momentos hermenêuticos de categorização, sistematização e disputas retórico-interpretativas da linguagem jurídica. Assim, é dentro da experiência jurídica que está a ciência jurídica, como uma parte dela; um momento importante do movimento do Direito na realidade social.

As lacunas e abismos entre uma 'ciência do direito' e uma 'prática jurídica' são mais uma patologia jurídica (Grossi), a expressão de uma realização patológica do Direito, que marca a modernidade jurídica de algumas nações, do que um traço propriamente definidor da experiência jurídica na sua realidade e racionalidade. O Direito é uma *práxis* (um fazer, uma experiência que exige agir e pensar sobre esse agir, crítica e performaticamente), ao mesmo tempo que também é propriamente uma ciência, no sentido de que exige um momento concomitante de pensar organizado sobre essa experiência: uma ciência dessa experiência. Aí entra - ou deveria entrar – a Academia, as Faculdades, as Escolas de Direito, etc. Não há futuro bom, nem para a prática do Direito, nem para a Ciência do Direito, e nem para a sociedade, quando o fazer e o pensar, no Direito, se colocam em dimensões apartadas.

Por vezes, na experiência jurídica brasileira, percebe-se essa lacuna, esse abismo que mencionamos acima. Não estamos a falar de uma disputa, um antagonismo ou uma oposição entre teoria e prática. Antes fosse isso a nossa preocupação. Estamos a falar de um certo desprezo mútuo entre esses dois âmbitos do Direito: o dos acadêmicos e o dos práticos. Quando esse desprezo mútuo ocorre, se dá junto com ele a falência do Direito como experiência social. Quanto a isso, há que reverter esse estado de coisas. Há que resgatar a sinergia entre essas duas dimensões da experiência jurídica. Para tal, é preciso fomentar um duplo movimento de aproximação: desafiar e impulsionar a Academia a se preocupar e dedicar mais aos problemas práticos e concretos do Direito; e, por outro lado, conscientizar e convencer o mundo prático do Direito do valor e importância das teorizações jurídicas para a consolidação de uma linguagem e uma tradição jurídica capaz de dar consistência às práticas.

O Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG) e a Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados de Goiás (ESA/OAB-GO), desde 2016, vêm trabalhando juntos nesse propósito, conscientes desse desafio e da importância de levar a cabo essa tarefa.

O PPGDP-UFG é um Programa Profissional (atualmente contando com um Mestrado Profissional), pensado e concebido para aliar pesquisa jurídica de excelência à formação de *know-how* profissional e de aprimoramentos técnicos e institucionais, no campo da regulação, implementação e controle de políticas públicas no Brasil.

A ESA/OAB-GO, desde 2016, produziu uma guinada qualitativa em suas metas institucionais, voltando seus esforços para o fomento do aprimoramento técnico, científico e prático dos profissionais do Direito no seu contexto geográfico de atuação, com clara preocupação em induzir a conversação sinérgica entre teoria e prática no Direito.

Somando-se a várias outras iniciativas conjuntas, essas duas entidades, na ocasião do trigésimo aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, propuseram e organizaram uma Coleção de obras jurídicas voltadas a pensar a experiência jurídica brasileira nesses 30 anos da Constituição.

A Coleção Experiência Jurídica nos 30 anos da Constituição Brasileira (ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG) busca fomentar o debate jurídico entre aqueles que vivenciam nossa experiência constitucional e social, tanto de um ponto de vista teórico, quanto prático, e em diferentes campos do Direito. A constitucionalização do debate jurídico nacional não encontra fronteiras em nenhum ramo jurídico específico, ainda que os campos do direito privado mantenham – e nisso não há nenhum problema, ao contrário – suas categorias e estatutos jurídico-conceituais próprios. Assim sendo, nas dez obras (dez coletâneas de textos inéditos) propostas pela Coleção, diferentes questões-chave da experiência jurídica brasileira contemporânea são enfocadas, em diferentes áreas do Direito, todas buscando relacionar

esses debates específicos com a realidade jurídico-político-social balizada por uma 'Constituição Cidadã', que de forma otimista eclode na realidade brasileira em 1988, marcando nossas interações sociais e jurídicas nos últimos 30 anos.

Assim, ainda em 2017, PPGDP-UFG e ESA/OAB-GO publicaram e divulgaram amplamente as convocatórias para apresentação de textos e contribuições aos livros da Coleção. Centenas de textos foram enviados à coordenação do projeto. Uma equipe com organizadores das obras, selecionada dentre *experts* com diversificada formação e advindos de sete diferentes Universidades brasileiras, em Goiás, Minas Gerais e Distrito Federal, avaliou e selecionou cuidadosamente os textos. Nos dez livros, os textos selecionados somam mais de uma centena de contribuições inéditas, com autores de oito diferentes estados brasileiros e mais de vinte diferentes Universidades.

Com a colaboração e suporte da respeitada e engajada Editora Empório do Direito, demos forma final aos livros da Coleção, que vem a lume em um momento de crise política, social, econômica e, em certo sentido, crise constitucional.

Sabe-se bem que a crise é uma excelente oportunidade para o aprimoramento e a inovação. O estado de desconforto que a crise provoca nos faz sair do nosso 'modo automático' e refletir sobre o caminho trilhado e as alternativas de rota. Que os livros desta Coleção possam servir a esse propósito!

Com agradecimentos aos organizadores, avaliadores, editores e autores,

Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)

e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)

Coordenadores da Coleção

APRESENTAÇÃO DO LIVRO

Modernização e governo parecem ser termos que atravessam a compreensão autóctone do direito processual brasileiro.

O primeiro como que a estruturar sua narrativa paradigmática de constituição como "ciência autônoma," e que consciente ou inconscientemente renova a história típica aberta em espaço teatral para apresentar a inexorabilidade do surgimento do Estado, bem como os seus passados imediatos e imemoriais sob um véu de particularismo a ser superado (WHITMAN, 1995) – da vingança privada ao contrato à jurisdição, do mesmo modo que do encobrimento privatístico do direito processual pelo direito privado, em um praxismo cultural que seria anacronicamente característico dos romanos ao medievo, (*Cf*. MITIDIERO, 2004a, p. 106-107) ao processualismo tecnicista e contratualista do começo do séc. XIX, e finalmente ao instrumentalismo do processo, em que o direito processual se assume autenticamente como ramo do direito público. (DINAMARCO, 2013, p. 49-50) Nessa reprodução técnica e vulgar de uma linguagem muito mais profunda que se deixa reduzir à mera curiosidade materializada na referência a outros manuais mais antigos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008: 42; RODRIGUES; LAMY, 2012: 17-23) no sucessivo encobrimento de qualquer historicidade, é de todo curioso que uma citação direta de Hobbes apareça às margens do *A instrumentalidade do processo* (2013, p. 101, nota 29, 102) justamente quando Dinamarco está oferecendo uma conceituação de poder operativa ao trato da jurisdição, para contrastar o particularismo das facções ao poder político institucionalizado do Estado ao mesmo tempo em que admite o caráter ficcional, ou mesmo romântico, de interpretá-lo como expressão da nação, projetado à realização do bem comum. É

de todo característico também que isso tenha escapado à teleologia do direito processual. (*Cf.* SILVA, 1997)

O segundo, por sua vez, como o problema ao qual a processualística é chamada a responder contínua e historicamente. Como explica Frederido de Almeida, em um primeiro momento, anterior à "institucionalização burocrática e profissional das organizações estaduais e federais de justiça," a reforma da legislação processual se apresentava como "a principal via não só de gestão política da justiça estatal, como também da própria organização das relações políticas entre poderes locais e nacionais." (2015, p. 215) Se Carlos Alvaro de Oliveira pode em *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*, (2004, p. 120) texto considerado central e inaugural para se pensar a relação entre Constituição e processo, (*Cf.* MITIDIERO, 2004b, p. 252, 259) olhar para João Mendes Junior no imediato início da Primeira República e lê-lo como que a antecipar "futuras elaborações da doutrina europeia do século XX" nas preocupações do jurista para o caráter complementar das leis do processo às leis constitucionais, em que se veria nas formas daquelas a atualidade das garantias dessas, se assim o faz fundamentalmente é em razão dessa continuidade.

Assim, posterior e até recentemente, articuladas a partir de comissões de especialistas formadas, sobretudo, por membros oriundos da Escola Processual de São Paulo, as reformas da legislação processual assumiram então o posto de "principal caminho escolhido pela justiça brasileira em sua história recente para sua reforma e modernização," o que se explicaria, em alguma medida, tanto em razão da facilidades institucionais quanto da relativa ausência de enfrentamento por parte de interesses corporativos. (2015, p. 210-211) Em outras palavras, o direito processual tem histórico-efeitualmente, a partir da situação hermenêutica da qual ora se escreve, um sentido tecnológico de instrumento de governo, de engendramento da governabilidade *qua* configuração do Estado – o que não deixa de se assumir quando se advogava já nos anos 1970 a centralidade da jurisdição para a sua autocompreensão, como a responder metodologicamente à realidade

de que o direito processual estaria "voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e valores que se situam fora e acima do âmbito estrito dos interesses controvertidos entre as partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, dirigem-se ao bem comum, como objeto-síntese do Estado Moderno." (DINAMARCO, 2013, p. 59, nota 89)

Mesmo o devido processo legal, eleito recentemente não só como a principal via de constitucionalização do direito processual, (MITIDIERO, 2004b; MACEDO; BRAUN, 2014) mas também como condição de efetivação de todos os direitos fundamentais (SANTOS, 2003: 167) tem sua introdução na linguagem jurídica moderna marcada pela necessidade de conter as consequências legislativas da abertura do sufrágio e da concomitante modificação da ordem política em prol da ordem econômica e social estabelecida. É o devido processo legal que permitirá, jurídico-conceitualmente, se alçar a Suprema Corte norte-americana ao posto de "'árbitro econômico' da Nação e protetora do poder econômico privado" na passagem do século XIX para o XX na sucessiva declaração de inconstitucionalidade de legislações de cunho social. (BERCOVICI, 2013, p. 113, 129-130)

Não se quer com tanto defender que a textura aberta característica à linguagem jurídica não tenha se aberto para práticas distintas, a articular por intermédio desse critério fundamentos e pressupostos de ser-em-comum mais próximos do que se quer apreender em um horizonte de constitucionalização. Contudo, do confronto entre a estruturação do sistema de justiça e a realidade para o qual ele se volta, algo há de se indicar da incompatibilidade entre as circunstâncias e problemas da segunda e o modelo da primeira.

Nas palavras de José Eduardo Faria, (2004, p. 105) isso se daria porque o modelo processual, ainda em vigor em grande medida, pressupõe "uma sociedade postulada como sendo estável, com níveis equitativos de distribuição de renda e um sistema legal integrado por normas padronizadoras e unívocas," a gerar conflitos jurídicos "basicamente interindividuais," surgidos de "interesses unitários, mas encarados em perspectiva diametralmente oposta pelas

partes," enquanto a realidade brasileira seria "iníqua e conflitiva," caracterizada "por situações de miséria que negam o princípio da igualdade formal perante a lei, impedem o acesso de parcelas significativas da população aos tribunais e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais." Incompatibilidade que, concomitantemente, denunciaria o caráter ficcional do modelo e revelaria sua força – é o próprio Faria quem então pontua que entre 1990 e 1994, 23,18% dos casos decididos pelo tribunal constitucional brasileiro trataram "exclusivamente de técnicas processuais" e em 36,37% dos casos "empregou argumentos de direito processual como fundamentação de suas sentenças." (2004, p. 105)

Cruzados e atualizados com levantamentos mais recentes a respeito de quais questões, demandas, e grupos efetivamente operam o controle concentrado de constitucionalidade, à grande revelia das "questões de princípio" e dos direitos fundamentais, (COSTA; BENVINDO, 2014) essa constelação argumenta com considerável força que a relação entre direito processual e direitos fundamentais não é tão imediata quanto as leituras de memória características dos juristas lançariam a inscrever na instrumentalidade do processo, que vê nos valores da sociedade a principal fonte da jurisdição, a efetivação da Constituição. Em outras palavras, pensar a relação entre direito processual e Constituição Federal nos 30 anos de sua experiência jurídica seria, talvez, desmantelar e desarticular a tradição do direito processual brasileiro.

Os textos ora reunidos se agrupam e indicam nessa direção, mesmo e ainda mais quando deixam em suspenso a gramática consolidada pela tradição jurídico-processual. Coincidentemente, parcela significativa das contribuições reunidas tem nas múltiplas dimensões da estrutura e atualidade do Supremo Tribunal Federal o recorte de seu objeto investigativo.

A primeira contribuição, *Nas entrelinhas das constituições brasileiras: da composição à jurisdição do tribunal constitucional*, de Wagner Vinicius de Oliveira propõe a descrição da experiência histórica de composição do Supremo Tribunal Federal, analisando-o na sua

configuração institucional através dos sete textos constitucionais brasileiros. Da sua leitura contextualizada, o autor interpreta as forças em jogo para as alterações de uma série de características regimentais da corte, tais quais quantidade de ministros, sua possibilidade de aumento, período de permanência, dentre outros.

Em seguida, no texto de Tiago Henrique Torres, *Ativismo judicial e efetivação de direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988: supremacia judicial e degeneração democrática*, a questão do ativismo judicial, designada por alguns como um clichê constitucional diante da sua reiteração nos debates que constituem o horizonte da prática jurídica, vai enfrentada de maneira particularizada em recorte da casuística do Supremo Tribunal Federal em contraste a interrogações mais abrangentes do ponto de vista da teoria do Estado e da democracia.

Thiago Aguiar de Pádua, por sua vez, em *Reflexões sobre (des) lealdade constitucional a partir da arqueologia do juramento de Giorgio Agamben e o "peculiar compromisso" do ministro Edson Fachin no STF* investiga a partir de profundo e bem articulado referencial teórico momento da fenomenologia judicial que pouco e raramente aparece à tematização da investigação jurídica, os compromissos dos juristas empossados como ministros no Supremo Tribunal Federal, suas sabatinas senatoriais, e a relação de um e outro momentos com sua prática judicativa – em um exercício, autodeclarado, de "etnografia constitucional."

A essa instigante contribuição se segue *Mudança estrutural da forma constitucional: compromissos dilatórios, metodologia jurídica e ativismo judicial através de Carl Schmitt* de Ricardo Martins Spindola Diniz. O autor parte de considerações quase proféticas de José Eduardo Faria, proferidas um ano após a promulgação da Constituição, para se questionar a respeito da estrutura autoritativa dos textos constitucionais que têm inscritos em suas linhas a totalidade dos conflitos da sociedade. Essa problemática vai acessada a partir de uma re-leitura da contraposição proposta por Schmitt na sua interpretação quanto ao guardião da Constituição entre independência judicial e legitimidade política, contraposição que se articula a partir de conceito do autor

também pouco explorado, o de compromissos dilatórios.

Em uma guinada à dogmática processual-constitucional propriamente considerada, Wagner Vinicius de Oliveira e Álvaro Roberto Gondim Fernandes em *Mandado de injunção e a experiência brasileira* propõe revisar as disputas interpretativas em torno dessa instituição jurídico-constitucional, com ênfase na cadeia jurisprudencial que se construiu a sua volta e das disputas interpretativo-dogmáticas quanto a sua procedimentalidade e teleologia.

É de esforço próximo, por conseguinte, a contribuição de Hugo Malone Passos, *O duplo grau de jurisdição – em busca de fundamentos adequados para sua existência no direito brasileiro*. Nesse trabalho, o autor se confronta com as discussões a respeito do status constitucional do duplo grau de jurisdição e das consequências jurídico-metodológicas advindas das posturas possíveis nesse horizonte interpretativo.

Já Gustavo Ferreira Santos e Luiz Carlos Figueira de Melo com *Processualidade da função administrativa: o novo perfil do processo administrativo na Administração Pública do século XXI* exploram as consequências procedimentais e valorativas da efetivação constitucional no Direito Administrativo a partir da configuração de sua procedimentalidade, buscando ver em que medida a sua tradição e normativas respondem à luz da Constituição Federal, em exercício fenomenológico que busca apreender a insistência das tensões entre processo, direito administrativo, e Constituição.

Finalmente, com o texto de Bruna Vian Fetz, a obra contempla importante via investigativa na atualidade do direito processual, qual seja, a problemática relativa aos meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Com *A mediação de conflitos e a garantia do acesso à justiça: d acultura da sentença estatal ao tribunal multiportas* a autora analisa a emergência desse modelo distinto de juridicidade que se abre para soluções diversas das consagradas pela experiência jurisdicional moderna, articulando os fundamentos constitucionais dessas transformações.

São contribuições, portanto, que ressoam diretamente com os

sentidos que se desvelam a partir da perspectiva do direito processual e dos problemas da jurisdição brasileira nos 30 anos da Constituição Federal e que pressupõem seja como tarefa seja como objetivo um aprofundamento na historicidade da tradição que circunscreve essas abordagens e que articula e constrange, de maneira indecidível, as promessas do texto constitucional.

Ricardo Martins Spindola Diniz

Silzia Alves de Carvalho

Lucio Flávio de Paiva

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico. Intelectuais e reforma do Judiciário: os especialistas em direito processual e as reformas da Justiça no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 17, p. 209-246, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Invertida: a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. *Lua Nova*, v. 89, p. 107-134, 2013.

CINTRA; Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano. *A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade?–O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais.* 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2509541. or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541> Acesso em: 30 jun. 2018 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 103-125, 2004.

MACEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição segundo Giuseppe Chiovenda versus Jurisdição no paradigma do processo democrático de direitos: algumas reflexões. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, v. 6, n. 12, 2014.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e Cultura: Praxismo, processualismo e formalismo em Direito Processual. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, n. 1, p. 101-128, 2004a.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e Constituição: as possíveis relações entre processo civil e o direito constitucional no marco teórico do formalismo-valorativo. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, n. 2, p. 251-284, 2004b

OLIVEIRA, C. A. Alvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, n. 2, p. 119-130, 2004.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade.* São Paulo: Cortez Editora, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WHITMAN, James Q. At the origins of law and the state: supervision of violence, mutilation of bodies, or setting of prices? *Chicago-Kent Law Review*, v. 71, p. 41-84, 1995.

APRESENTAÇÃO DOS COORDENADORES E ORGANIZADORES

COORDENADORES

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Professor efetivo da Universidade Federal de Goiás (UFG), onde atualmente é Vice-Diretor da Faculdade de Direito (FD-UFG), bem como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP-UFG). Possui doutorado, mestrado e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Realizou Pós-Doutorado como bolsista CAPES, na área de Teoria do Direito, junto à Universitat de Barcelona - Espanha. Foi Chefe do Departamento de Formação Jurídica Básica e Complementar da FD-UFG, bem como Coordenador de Pesquisa da FD-UFG. Também é professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG. Atua como pesquisador e professor visitante da Unversitat de Barcelona.

Rafael Lara Martins

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Direito do Trabalho pela PUC-GO, especialista em Direito Civil pela UFG e especialista em Direito Processual Civil pela UFG. Mestrado em andamento em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF). Conselheiro Estadual da OAB-GO (triênio 2013-2015 e triênio 2016-2018) e Diretor-Geral da Escola da Advocacia da OAB-GO (triênio 2016-2018). Ex-Presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho -IGT (biênio 2012-2013 e biênio 2014-2015).

ORGANIZADORES

Lúcio Flávio Siqueira de Paiva

Advogado, sócio do Escritório GONÇALVES, MACEDO, PAIVA e RASSI S/S. Presidente da OAB/GO triênio 2016/2018. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO. Especialista em Direito Empresarial pela FGV/RJ. Professor Efetivo de Processo Civil da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Professor da Escola Superior de Advocacia de Goiás ? ESA/GO. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás.

Ricardo Martins Spindola Diniz

Pesquisador Assistente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Professor das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito no Instituto de Ensino Superior do Estado de Goiás (Faculdades Integradas IESGO).

Sílzia Alves Carvalho

Professora adjunta vinculada à Universidade Federal de Goiás, onde atua como professora de direito processual civil; tendo Coordenado o Curso de Direito e ocupado o cargo de Vice-Diretora da Faculdade de Direito na UFG entre julho de 2013 e julho de 2017. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (1991), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Atualmente é professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas - PPGDP da UFG. Realiza Estágio Pós-Doutoral junto à Universidade de Coimbra.

APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

Álvaro Roberto Gondim Fernandes

Graduando em Direito no Centro de Ensino Superior de Catalão – CESUC.

Bruna Vian Fetz

Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Damásio Educacional. (2014) Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. (2011)

Hugo Malone Passos

Especialista em Direito Público pelo Instituto Praetorium. Bacharel em Direito pela Faculdade Novos Horizontes. Exerce o cargo de Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, junto ao Desembargador José Américo Martins da Costa, da 15ª Câmara Cível. Atuou como Assessor de Juiz na 1ª Instância do TJMG e advogado autônomo, com atuação em Direito Civil.

Ricardo Martins Spindola Diniz

Pesquisador Assistente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Atualmente pesquisa o conceito de direito em Hannah Arendt, através de seus engajamentos com a fenomenologia e de sua retomada das problemáticas da temporalidade e historicidade em Heidegger. Professor das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito no Instituto de Ensino Superior do Estado de Goiás (Faculdades Integradas IESGO).

Thiago Aguiar de Pádua

Doutorando e Mestre em Direito pelo UniCEUB, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Ex-assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Assessor acadêmico do Ministro Carlos Ayres Britto no PPG/Direito do UniCEUB (Mestrado e

Doutorado). Experiência internacional ao apresentar seminário sobre a Justiça de Transição na Universidade de Erfurt (Alemanha (2015). Cursou módulos de Especialização da Pós-Graduação em Direito e Jurisdição pela Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal. Pesquisador do CBEC–Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais.

Tiago Henrique Torres

Advogado. Mestrando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC/MG). Advogado.

Wagner Vinicius de Oliveira

Advogado. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia–UFU; Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior–CAPES; Pesquisador pelo Núcleo de Estudos em Filosofia Antiga e Humanidades–NEFIH do Instituto de Filosofia da UFU; Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais–PUC Minas (2016); Advogado.

PREFÁCIO

A menos de três meses do aniversário de 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e há pouco mais de dois anos de vigência do novo regime processual civil brasileiro, vem a público a obra "Direito, Processo, e Jurisdição nos 30 anos da Constituição: experiências profissionais e desafios no âmbito do Direito Processual brasileiro". Trata-se de fruto da profícua parceria entre o Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG) e a Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados de Goiás (ESA/OAB-GO), com o propósito de pensar a experiência jurídica brasileira nesse contexto. Destas respeitadas instituições recebi o honroso convite para elaborar o prefácio. Embora assaz difícil, mormente por envolver temas tão amplos e instigantes, e em mesma escala problemáticos, sinto-me agraciado com a oportunidade de contribuir com esta notável obra, mesmo que com parcela diminuta e de forma singela.

Resultado de um grande esforço redemocratizante, a CRB/1988 intencionou promover, entre outros objetivos, um significativo acesso à justiça. A partir dela, uma farta legislação eclodiu no ordenamento jurídico nacional com esse desiderato, podendo-se destacar: a Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), e a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), dentre outras. Esta Constituição foi responsável pela sensível ampliação do rol de direitos, não só civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, mas, também, pela consagração dos direitos coletivos (aqui incluídos os direitos difusos), tais como o direito à higidez do meio ambiente, à qualidade de vida e os direitos do consumidor.

De maneira não surpreendente, a partir da CRB/1988, tantas

vezes nomeada "constituição cidadã", ocorreu uma verdadeira abertura do Judiciário como a principal forma de acesso à Justiça. Consequentemente, essa abertura levou a uma intensa "corrida aos tribunais", experimentada, sobretudo, por pessoas e grupos cujas pretensões estavam até então à margem desta via. No plano dos direitos de grupo, notou-se o aperfeiçoamento das ações coletivas e a consagração, como garantias fundamentais, dos instrumentos constitucionais-processuais do mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo e o habeas corpus coletivo.

Em pouco tempo, percebeu-se que ao referido movimento de acesso à justiça não corresponderiam nem a estrutura do Poder Judiciário nem tampouco o sistema processual então vigente. O grande número de novas demandas em trâmite nos diversos órgãos jurisdicionais poderia levar todo o sistema ao colapso. Muitas daquelas pretensões restaram frustradas, seja porque o regime processual em vigor ao longo das últimas quatro décadas não foi capaz de responder aos objetivos constitucionais, seja porque a estrutura do Poder Judiciário não se mostrou adequada a absorver toda a demanda originada desse acesso dilatado, seja, ainda, por falta de vontade política para que tais objetivos fossem atingidos.

Diante disso, como no deslocamento de um pêndulo, passou-se a observar a instituição de certas medidas de "contenção", tímidas no início, mas bastante vigorosas recentemente, intencionadas a combater alguns gargalos do sistema. Lembrem-se, por exemplo, do acréscimo, pela Emenda Constitucional n.45/2004, da demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, como pressuposto ao cabimento dos recursos extraordinários; as súmulas vinculantes, criadas por essa mesma emenda; a metodologia seriada de julgamento dos recursos especiais repetitivos, instituída pela Lei 11.418/2006; ou, ainda, a proposta de acréscimo da demonstração de relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, como mais um requisito dos recursos especiais (PEC 209/2012) e a "precedentalização" do direito (art. 926 e ss, CPC). O

caso concreto, o conflito erigido da realidade vivenciada pelo cidadão estaria, então, cada vez mais distante de uma apreciação e julgamento individualizado, passando, ao contrário, a se submeter a um arremedo de padronização decisória, verdadeira linha de montagens de decisões a partir de uma mesma solução forjada precedentemente in abstrato.

Pouco a pouco, parece mudar a concepção acerca do perfil do processo, de método para a resolução de conflitos discutidos em casos concretos, para também assumir a feição de meio de afirmação e respeito aos precedentes. Segundo defendido em doutrina, esse fato redundará na modificação do papel dos tribunais superiores, que passarão de Cortes Superiores, de controle e jurisprudência, a Cortes Supremas, de interpretação e precedentes.

Essas modificações parecem, de algum modo, justificar determinadas opções do legislador ao editar a Lei 13.105/2015, que deu origem ao vigente Código de Processo Civil. A observância aos precedentes está afirmada e ratificada em vários dispositivos, tais como o que permite o julgamento liminar de improcedência do pedido (art. 332), o que dispõe sobre a fundamentação dos atos decisórios (art. 489, §1º) e o que autoriza o julgamento monocrático do relator, seja para negar provimento a recurso contrário a precedentes de tribunais, seja para dar-lhe provimento caso a decisão recorrida não estiver em conformidade com esses precedentes (art. 932, IV e V).

A concepção de um sistema de precedentes é, sem dúvida razoável, uma das mais substanciais alterações promovidas no sistema processual civil brasileiro. Primeiro, por se tratar de metodologia estranha a grande parte dos intérpretes (basta a menção que a maioria dos cursos jurídicos do país não trata do tema de forma adequada em seus currículos). Segundo, por exigir uma mudança no modo de atuação da Jurisdição. Terceiro por implicar em uma nova cultura, que depende, necessariamente, da predisposição de todos para compreender o novo e passar a lidar com ele, de modo a fazer com que a intenção do legislador dê certo e funcione – seja ela boa ou ruim.

Embora pareça singela, outra modificação substancial está inscrita no art. 3º, CPC. Se, de início, a norma reverbera o tradicional acesso ao judiciário, em sequência, de forma eloquente – por que não gritante – explicita que o acesso à justiça vai muito além dessa via. Essa norma fundamental, uma das mais importantes de todo o novo ordenamento processual civil brasileiro, reforça o acesso à justiça, deixando claro, porém, que a solução dos conflitos deve advir, prioritariamente, das vias consensuais, autocompositivas. Por isso, determina que o Estado promova, "sempre que possível, a solução consensual dos conflitos" (§2º); e conclama a todos que de qualquer forma atuam com a administração da justiça, notadamente os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, a estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual dos conflitos. Mais que isso, tal promoção e estímulo deverão ocorrer mesmo durante o curso do processo judicial (§3º). Assim, torna-se um equívoco denominar essas vias consensuais de "alternativas", quando, na verdade, são alçadas a vias integradas de solução dos conflitos – consagraçaõ de um modelo multiportas para a solução dos conflitos. Evidencia-se, além do mais, uma tendência de se ter na jurisdição (solução adjudicada) uma via excepcional, a ultima ratio para a solução dos conflitos.

Trata-se, na verdade, de um incentivo direto à emancipação das pessoas em prol da resolução dos conflitos por elas mesmas, valendo-se, para tanto, de sua autonomia e liberdade. Afinal, mesmo a autocomposição se revestiria de jurisdição; aliás, uma forma bem interessante, já que a decisão não seria adjudicada, mas, sim, construída pelos próprios contendores.

Essas e outras modificações, com o tempo, serão submetidas às experiências profissionais e, então, decantadas. Fato é que temos uma nova ordem processual civil em vigor. Muitos desafios estão postos aos intérpretes. A obra que ora se introduz presta relevante contribuição à prática e à ciência jurídica, pois contempla articulados comprometidos com o tratamento crítico de seus objetos na busca pelo enfrentamento

de problemas reais, e não meramente teóricos. Ao contrário, aqui, a teoria é aliada da prática para a resolução de problemas concretos em um cenário de alta complexidade social.

Por isso, estou convicto de que esta obra, bem como os demais livros da "Coleção Experiência Jurídica nos 30 Anos da Constituição Brasileira", se revelará fonte importantíssima de consulta, fomentando balizas para o desempenho das atividades práticas de advogados, magistrados, procuradores, promotores de justiça, defensores públicos, professores e estudantes de direito, bem como para o desenvolvimento de pesquisas a partir dos temas nela abordados. Meus cumprimentos ao Programa de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG), à Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados de Goiás (ESA/OAB-GO), aos autores e autoras e à Editora Empório do Direito por viabilizarem este belo projeto.

Ouro Preto, Minas Gerais, 19/07/2018.

Leonardo Silva Nunes

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito Processual Civil e Coletivo da Universidade Federal de Ouro Preto. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e do Instituto de Direito Processual. Advogado.

NAS ENTRELINHAS DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: DA COMPOSIÇÃO À JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Wagner Vinicius de Oliveira[1]

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS: UMA APROXIMAÇÃO

Esse artigo descreve a experiência histórica da composição do tribunal constitucional brasileiro e, investiga os possíveis reflexos na atual jurisdição constitucional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal–STF. Para esta pesquisa bibliográfica se utiliza dos sete textos constitucionais brasileiros, desde a Constituição Imperial de 1.824 até Constituição cidadã de 1.988. Trata-se de um percurso investigativo impulsionado pela compreensão das possíveis influências na atual jurisdição constitucional determinadas também pela estrutura do órgão jurisdicional competente. Para tal intento, conta-se com apoio do método histórico-evolutivo aplicado as Constituições brasileiras, pois, possibilitará, ao final da trajetória, o entendimento de que algumas das dificuldades enfrentadas pela jurisdição constitucional, de algum modo, são acentuadas pela forma que o Tribunal é composto.

Dentre as ideias apregoadas pelo Estado de direito, está o fato de que a composição do Judiciário deve estar positivada no Texto Constitucional, busca-se, assim, garantir a previsibilidade e a estabilidade institucional para o desenvolvimento e aperfeiçoamento das instituições do direito. Conforme se sabe, todo artigo possui–ou ao

1 Mestrando em direito pela Universidade Federal de Uberlândia–UFU. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior–CAPES. Graduado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais–PUC Minas (2016). Advogado. *E-mail*: wagner.vinicius@sga.pucminas.br

menos deveria possuir–um propósito para sua escrita e, neste escrito se objetiva descrever e apresentar criticamente a experiência histórica da jurisdição constitucional brasileira desempenhada pelo STF.

Esta análise deve ser trabalhada de um ponto específico, cuja situação-problema de investigação recai sobre os possíveis reflexos no processo de tomada de decisão (*decision making*), a partir da composição do tribunal constitucional. Para delimitar a amplitude temática, serve-se do método histórico-evolutivo aplicado aos (con)Textos Constitucionais iniciando pela Constituição Imperial de 1.824; pelas Constituições da República de 1.891 e 1.834; passando pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1.937 e de 1.946 e pelas Constituições da República de 1.967 e de 1.988, notadamente no que toca a composição do tribunal constitucional.

Apresenta-se, como justificativa a necessidade de compreender adequadamente em que medida os contextos que determinam os textos constitucionais, influenciam ou produzem os resultados da jurisdição constitucional. Com efeito, não se trata de uma questão de reiterar o que já fora dito, mas, de realizar novas articulações com diferentes elementos para se alcançar diferentes resultados no que concerne à implementação dos direitos e garantias fundamentais pela via da jurisdição constitucional.

Recusa-se, pois, a ordem do reiterar acriticamente, pois, meros comentários isoladamente considerados não comportam a complexidade da questão que se pretende analisar. Todavia, ressalva-se que este escrito não tenciona abarcar toda a problemática da jurisdição constitucional brasileira, apenas analisar as possíveis influências da estrutura institucional do tribunal nas respostas oferecidas à sociedade.

No geral, o objetivo é descrever a experiência histórica da composição do tribunal constitucional brasileiro. De maneira mais específica, consiste em, a partir da pesquisa dos textos constitucionais pretéritos até a Constituição vigente, percorrer nas entrelinhas das constituições brasileiras os contextos históricos de composição do tribunal

constitucional brasileiro. Para, então, compreender os principais desafios reflexivos da jurisdição constitucional na contemporaneidade.

Optou-se ainda pela utilização do método histórico-evolutivo de investigação bibliográfica, justamente por permitir a coleta dos dados primários nos Textos Constitucionais (1.824 a 1.988), cujo conjunto constitui o espaço amostral da pesquisa realizada. Como base nisto, elege-se como perspectiva de trabalho a tese de que a "[...] engenharia constitucional de um país pode dizer muito sobre a postura de seus juízes e tribunais" (CERQUEIRA NETO; SALGADO, 2016, p. 116), para análise dos referidos dados primários pesquisados.

Bem por isso, Pulido (2013, p. 48) afirma no tocante a legitimidade da jurisdição constitucional, implica considerar seus elementos políticos, "[...] toda sentença de constitucionalidade tem algo de político e algo de jurídico, assim como, sem existir um paralelismo necessário toda sentença de constitucionalidade entranha algo de aplicação e algo de criação do direito." Via de consequência, pelo percurso investigativo trilhado será possível apontar algumas constatações, sobretudo, para o fato de que, embora a composição do tribunal, de algum modo, influencie suas decisões, seus objetivos institucionais devem (ou deveriam) ser concretizados à cada decisão.

Vale dizer, "construir uma sociedade livre, justa e solidária", "garantir o desenvolvimento nacional", "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais", bem como, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", nos termos do art. 3º, I ao IV, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988–CRFB/88. Tal empreitada implica retomar o discurso histórico inaugurado pelas ideias contidas nos Textos Constitucionais.

2. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NOS TEXTOS E CONTEXTOS HISTÓRICOS

A jurisdição constitucional é um tema caro ao Estado

democrático de direito. E, para a adequada compreensão dos processos que compõem a formação dos juízos de (in)compatibilidade das leis ou atos normativos, possuindo como parâmetro a Constituição Federal vigente (controle concentrado de constitucionalidade), revela-se oportuno realizar um recorte histórico-contextual antes de um estudo aprofundado nos textos normativos e experiências constitucionais brasileiros.

Pois bem, na vanguarda dos acontecimentos[2] o *lind case* Marbury *vs.* Madison, julgado pela Suprema Corte (*Supreme Court*)[3] dos Estados Unidos da América no ano de 1.803, resultou no paradigma do controle judicial difuso de constitucionalidade. Em resumo, a partir do questionamento da validade do *Judiciary Act of* 1.801, que criou novos tribunais distritais e reduziu o número de juízes da *Supreme Court Justices* de seis para cinco integrantes, deu-se como resultado a competência do Judiciário para aferir a compatibilidade das leis ou atos normativos, seguindo as guias do Texto Constitucional.

De modo mais específico, em sua decisão, o juiz Marshall sustentou que "É enfaticamente o dever do departamento judicial de dizer o que é a lei." (UNITED STATES, 1803, n.p., tradução nossa).[4] Sobretudo, no que toca a vedação da alteração das matérias reguladas pela Constituição mediante legislação ordinária; afirmando, assim, a supremacia do Texto Constitucional, pela via da revisão judicial (*judicial review*), no qual todos(as) os(as) juízes(as), na esfera das suas respectivas competências deveriam assegurar o primado da Constituição.

Este modelo difuso de jurisdição constitucional influenciou, direta ou indiretamente, os diversos sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro como se verá mais adiante. A dita decisão também abriu as

2 Cabem, no entanto, dois contrapontos apresentados por Godoy (2015, p. 68): primeiro, que já haviam decisões semelhantes em casos anteriores, segundo, explicar que o *"*[...] caso Marbury não instituiu e tampouco afirmou a suprema judicial.*"* Conforme afirma mais à frente, a conclusão extraída desse caso icônico é que a proteção da Constituição pelo Judiciário enquanto expressão da vontade popular. (GODOY, 2015, p. 181).

3 UNITED STATES. Supreme Court. Marbury v. Madison 5, U.S. 137 (1803). *Justia. US Supreme Court.* Marbury x Madison, 1803.

4 No original: *"It is emphatically the duty of the Judicial Department to say what the law is."* (U.S. 137, 1803).

portas para a controversa e problemática supremacia judicial (*judicial supremacy*), diante disso, sabe-se que a formação do órgão jurisdicional competente adquire especial relevo.

De outro lado, o modelo europeu, de matriz austríaca, traçava os destinos da jurisdição constitucional de modo dissemelhante do modelo norte-americano apresentado. Segundo Kelsen (1962, p. 363, tradução nossa),[5] "Esta função pode ser confiada a jurisdição especial, seja à uma Corte suprema, seja enfim a todos os tribunais.", além de outros pressupostos.[6] Nas linhas que seguem, serão evidenciadas a composição desta "corte suprema" na experiência constitucional brasileira.

Nos idos de 1.822 com a independência da colônia, reconhecida por Portugal em 1.825, o texto de Portugal (Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves) serviu de base para a Constituição de 1.824. Conforme se sabe, recebeu influências diretas de Benjamim Constant,[7] bem como das constituições de matriz europeia no início do século XIX, dentre outras matrizes filosóficas, que por razões de espaço não serão aqui analisadas.

A par disso, a *Constituição Política do Império do Brazil de* 1.824 optou por não adotar o modelo de controle judicial de constitucionalidade, acima elencado, ao contrário, inaugurou a ordem constitucional com a figura atípica do poder moderador. Uma espécie quatripartite das funções exercidas pelo "Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial." (BRASIL, 1824, art. 10º).

Na espécie, o poder moderador contava com um capítulo próprio inserido no quinto título da Constituição, que ostentava o nome autoexplicativo: *Do Imperador*. Segundo o arranjo do Texto Constitucional adiantou, o poder moderador era exercido pela

5 No original: *"Cette fonction peut être confiée, soit à une juridiction spéciale, soint à la Cour suprême, soint enfin a tous les tribunaux."* (KELSEN, 1962, p. 363).

6 Trata-se da pirâmide ou hierarquia formal e uma constituição escrita e rígida, conforme Capítulo 5. Dinâmica do direito, no item 35. A pirâmide da ordem jurídica (KELSEN, 1962, p. 299-301).

7 Sobre o tema, dentre outros, conferir: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto. Resenha: On political authority in the ancient world. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 106, p. 316, 2013.

pessoa do Imperador. Uma vez que "O Poder Moderador é a chave de toda a organisação Politica (*sic*), e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia (*sic*), equilibrio (*sic*), e harmonia dos mais Poderes Politicos (*sic*)." (BRASIL, 1.824, art. 98).

Num primeiro momento se estabeleceu uma relação simbiótica entre o Executivo e o Moderador, na medida em que tanto este, quanto o Poder Executivo eram personificados na figura pessoal do Imperador, confira-se: "O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado." (BRASIL, 1824, art. 102, *caput*). Contudo, a relação estabelecida é de superioridade do Poder Moderador, uma vez que compete a este a última palavra sobre as questões do Estado, conforme dispunha o art. 101, *caput* da Carta de 1.824, "o Imperador exerce o Poder Moderador", isto porque, a ideia de existência desta forma peculiar de controle cumpria a função de salvaguarda dos interesses supremos do Império.

Cumpre dizer que não havia um sistema de controle de constitucionalidade na vigência do Texto Imperial de 1.824, nos moldes atuais, porém, o poder moderador exercia ao seu modo a função de regulagem cujo germe desta ideia já se fazia presente no art. 178 da Constituição Imperial de 1.824:

> E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas (*sic*) dos Poderes Politicos (*sic*), e aos Direitos Politicos, e individuaes (*sic*) dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde (*sic*) ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias (*sic*). (BRASIL, 1824).

Muito embora as experiências de jurisdição constitucional norte-americana já marcassem presença, conforme se afirmou, a opção política realizada a época foi no sentido de passar ao largo do controle judicial de constitucionalidade. Foi apenas com o advento da *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* 1.891, na Seção III–Do Poder Judiciário, criou-se o Supremo Tribunal Federal–STF,

cuja composição era delimitada pelo art. 56 do Texto Constitucional: "O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, n. 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado." (BRASIL, 1891).

Nos termos do art. 60, "a", do mesmo Diploma Legal: "Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;" (BRASIL, 1891). Inaugurou formalmente o controle difuso de constitucionalidade na experiência brasileira, sob influência norte-americana.

Já na vigência da *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* 1.934, especificamente no Capítulo IV–Do Poder Judiciário, Seção II–Da Corte Suprema, que o tema recebeu maior detalhamento, pelos arts. 73 e 74 da Constituição da República:

> Art. 73. A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros. § 1º. Sob proposta da Corte Suprema, pode o número de Ministros ser elevado por lei até dezesseis, e, em qualquer caso, é irredutível. § 2º. Também, sob proposta da Corte Suprema, poderá a lei dividi-la em Câmaras ou Turmas, e distribuir entre estas ou aquelas os julgamentos dos feitos, com recurso ou não para o Tribunal Pleno, respeitado o que dispõe o art. 179.Art. 74. Os Ministros da Corte Suprema serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade. (BRASIL, 1934).

Contudo, foi em meio ao movimento de crescente retração de direitos civis e políticos e, ao mesmo tempo, a primazia do Executivo que revelam o contexto por detrás destas decisões políticas. Sobretudo pela redução do número de Ministros, em relação ao Texto Constitucional anterior, inaugurando a possibilidade de aumento do número de Ministros, via legislação ordinária. Além disso, salta aos olhos o fato de que o conteúdo político estava terminantemente excluído das

decisões jurisdicionais, segundo expressa previsão constitucional, no art. 68 da Carta Constitucional: "É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas." (BRASIL, 1934).

Talvez pela proximidade–não apenas temporal, mas também do ideário da conjuntura política entre as épocas–estas mesmas disposições foram replicadas na *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* 1.937, recuperando a tradição do nome do Supremo Tribunal Federal–STF, adotado no Texto Constitucional de 1.891, conforme já mencionado. A "Constituição polaca", conforme ficou conhecida, assim disciplinava a matéria:

> Art. 97. O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros. Parágrafo único–Sob proposta do Supremo Tribunal Federal, pode o número de Ministros ser elevado por lei até dezesseis, vedada, em qualquer caso, a sua redução.
>
> Art. 98. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, não devendo ter menos de trinta e cinco, nem mais de cinqüenta (*sic*) e oito anos de idade. (BRASIL, 1937).

A Carta Constitucional reproduziu, a íntegra da aludida regra, desta vez positivada no art. 94: "É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas." (BRASIL, 1937). Reduziu, no entanto, em sete anos o período de permanência do Ministro do STF, ou seja, a idade máxima de permanência na função de Ministro foi encurtada de 65 para 58 anos de idade.

Como uma das respostas aos regimes autoritários instalados nos períodos anteriores, produziu-se a *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* 1.946, na Seção II–Do Supremo Tribunal Federal, dispôs em seu art. 98, que "O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de onze Ministros. Esse número, mediante proposta do próprio Tribunal, poderá ser elevado por lei." (BRASIL, 1946). Também na versão

original do art. 99, do Texto Constitucional determinava o procedimento para a nomeação: "Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros (art. 129, ns. I e II), maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada." (BRASIL, 1946).

Porém, esse aumento do número de Ministros do STF regulado por lei ordinária, foi suprimido do aludido Dispositivo Constitucional em 27 de outubro de 1.965, pelo Ato Institucional n. 02, passou, então, a ser composto pelo número fixo de dezesseis Ministros, por força da Carta Constitucional de 1946: "O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três Turmas de cinco Ministros cada uma." (BRASIL, 1965),[8] além do Presidente do STF.

Logo após, na *Constituição da República Federativa do Brasil* 1.967, na Seção II–Do Supremo Tribunal Federal, em sua redação originária previa:

> Art. 113. O Supremo Tribunal Federal, com sede, na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de dezesseis Ministros.
>
> § 1º–Os Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros, natos, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
>
> § 2º–Os Ministros serão, nos crimes de responsabilidade, processados e julgados pelo Senado Federal. (BRASIL, 1967).

Inclusive com o período de instabilidade institucional e social, desta vez com redação dada pelo art. 1º do Ato Institucional n. 06, de 1º de fevereiro de 1.969, reduziu o quantitativo numérico de Ministros do STF, para onze Ministros:

> Art. 113–O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de 11 (onze) Ministros.

8 BRASIL. Ato Institucional n. 02, de 27 de outubro de 1965, art. 6º.

> § 1º – Os Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros natos, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. (BRASIL, 1969).

Por fim, no período de (re)democratização com a promulgação da *Constituição da República Federativa do Brasil* 1.988, na Seção II– Do Supremo Tribunal Federal, estabeleceu-se os critérios que ainda hoje vigoram, a saber:

> Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. (BRASIL, 1988).

Das múltiplas relações de transição que os sete textos constitucionais brasileiros passaram, partindo da primeira Constituição brasileira de 1.824 até o vigente Texto Maior de 1.988 (Constituições imperial, autoritárias e democrática), viu-se que estrutura do Tribunal constitucional oscilou conforme os "ventos e sabores" dos momentos políticos e sociais vivenciados pelo país. Por meio dos estatutos ontológicos (regras constitucionais) de configuração do tribunal constitucional busca-se desenraizar articulações não usuais para a hipótese inicialmente apresentada, restando, contudo, analisar as possíveis influências sobre jurisdição constitucional, tarefa a ser desenvolvida no tópico seguinte.

3. DESAFIOS PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: RAZÕES DO ESTADO OU TUTELA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS?[9]

Até o presente momento, ao que tudo indica, as diferenças

9 Subtítulo inspirado no artigo de BORGES, Alexandre Walmott; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro; VILLAROEL, Ivette Esis. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: entre a tutela de direitos e a tutela do ordenamento. In: ROBL FILHO, Ilton Norberto; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. (Org.). *Jurisdição constitucional e democracia* [Recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 138-164.

substanciais determinadas pelos estatutos ontológicos constitucionais revelam que o nome; a variação numérica de Ministros(as); a possibilidade de aumento de seus membros; o período de permanência no Tribunal etc., foi marcado por decisões essencialmente políticas. E, conforme explica Moisés (1990, p. 25), o que se pretendeu, sobretudo após a depressão econômica de 1.929, foi traçar novas saídas institucionais para processar as demandas sócio econômicas da população. No entanto, a partir da Constituição de 1988, deve-se identificar como as instituições ditas democráticas efetivamente respondem as demandas apresentadas.

Infere-se, do estudo acima realizado que a forma de indicação para Ministro(a) do STF, a depender do momento histórico, ficou e permanece cativa, dependente da indicação (ato de vontade) do(a) Presidente da República, na qual o princípio democrático não opera. Mas, para deslocar os pensamentos pretéritos para as realidades contemporâneas provocando uma análise crítica, isto é, colocar em crise o elemento político da composição do STF, deve-se questionar seus pressupostos para avaliar seus efeitos.

Quem sabe por isso, Brandão (2012, p. 98) afirma que "No final de 1893, o Presidente nomeou um médico (Barata Ribeiro) para o cargo de Ministro do STF, o que provocou a rejeição da sua nomeação pelo Senado.", mais à frente o autor indica como consequência deste ato "[...] o não preenchimento por longo espaço de tempo das cadeiras vagas no STF." (BRANDÃO, 2012, p. 261). Vale recordar segundo informa Westin (2015, p. 07), que "[...] apenas cinco indicações do presidente (*sic*) foram derrubadas pelos senadores. Todas as rejeições ocorreram em 1894, no governo do Marechal Floriano Peixoto."

No que respeita as decisões políticas para a composição do tribunal constitucional brasileiro, revelada pelo decurso histórico, o Tribunal esteve (está) sujeito as escolhas de baixa densidade democrática capazes de, em alguma medida, refletirem a interferência no STF pelo Executivo, seja através dos atos de indicação e nomeação, bem como do Legislativo, pela aprovação da indicação realizada.

Novamente Brandão (2012, p. 228-238) entende que a "alteração do número de seus membros" é uma das formas bastante usual de ataques institucionais à Suprema Corte.[10] Em que pese o objeto de análise do autor ser o judiciário norte-americano, em larga medida, suas observações podem ser replicadas na experiência histórica da composição do tribunal constitucional brasileiro.

Revela-se adequado pontuar que o próprio número de Ministros(as) que compõem o órgão é um instrumento que foi utilizado como forma de interferência na atividade jurisdicional. Isto porque, com a possibilidade de indicação de novos componentes poderia, em tese, alterar a direção dos julgamentos pendentes e futuros para reverter os posicionamentos anteriores firmado pelo Tribunal. E, dentro das regras de divisão de competências (funções), vislumbra-se uma eventual vulneração da função jurisdicional.

Afora estas influências, as decisões do Tribunal, sobretudo no atual momento histórico, devem (ou deveriam) alcançar seus objetivos institucionais de salvaguardar e contribuir para efetivar os direitos e garantias fundamentais. Forte indicativo para a testagem da hipótese indicada na parte introdutória deste escrito, são as afirmações realizadas por Cerqueira Neto e Salgado (2016, p. 116), que se revelam significativas para compreender como a "engenharia constitucional" é refletida na atividade de jurisdição constitucional. Mesmo porque, a composição do tribunal constitucional, possui contornos da historicidade que não cabem ser ignorados. Pois, a estratégia de consolidação da democracia brasileira perpassa primordialmente pela tarefa de engenharia institucional (MOISÉS, 1990, p. 16).

Deste modo, uma vez realizado o processo de indicação pelo Presidente da República, nos termos do art. 84, XIV, CRFB/88, incumbe privativamente ao Senado Federal "aprovar previamente, por

10 Sobre o tema consultar Brandão (2012), especialmente o Capítulo 7. (*Quem tem a última palavra sobre a Constituição*?), que para além da composição, são também formas de ataques institucionais: o controle orçamentário, valor dos salários, formas de nomeação e investiduras, a não implementação das decisões e os mecanismos de superação legislativa das decisões da Suprema Corte.

voto secreto, após arguição pública, a escolha do magistrado" (art. 52, III, "a", CRFB/88), assim, realiza-se, em tese, o controle legislativo e a adequabilidade da indicação realizada. Antes, porém, cabe, mais uma objeção, conforme apontam os mencionados autores:

> [...] a sabatina que o Senado Federal impõe não parece desafiar seriamente a indicação feita pelo Presidente. Apesar da inspiração no modelo estadunidense–onde aparentemente há efetivo controle parlamentar dos indicados–o Senado brasileiro não cumpre seu papel constitucional. Seja a entrevista levada a cabo pela Comissão de Constituição e Justiça, seja o voto secreto por maioria absoluta não servem, de fato, como instrumentos de controle da indicação do Poder Executivo. (CERQUEIRA NETO; SALGADO, 2016, p. 117).

Devido a intertextualidade, processo no qual um texto remete a outro, vale a transcrição das reflexões de Zagrebelsky (1995, p. 09, tradução nossa),[11] como forma de "[...] procurar além, no que não aparece expresso." O conteúdo histórico revela-se como condição de possibilidades para investigar as modalidades de interpretação e, assim, compreender como uma das razões (causa eficiente) para fornecer uma explicação possível para as manifestações da jurisdição constitucional.

Ainda segundo o autor, "Afinal, qualquer outro aspecto da organização jurídica depende e encontra explicação na transformação essencial que tenha sofrido o direito como tal." (ZAGREBELSKY, 1995, p. 18, tradução nossa),[12] Em alguma medida, a estrutura constitucional reproduz as prioridades de tratamento desses mecanismos. Atualmente, a questão que se impõe é a necessidade de se desvincular as reflexões aplicáveis aos períodos históricos pretéritos do momento contemporâneo. Pela perspectiva histórica não se sujeitariam mais as ditas interferências (variação do número de Ministros(as)), a depender do momento de análise, entre onze e dezesseis membros. Com efeito, desde o Texto Constitucional de 1.988, fixou-se o número de

11 No original: *"*[...] *buscar más arriba, en lo que no aparece expreso."* (ZAGREBELSKY, 1995, p. 09).

12 No original: *"Al final, cualquier otro aspecto de la organización jurídica depende y encuentra explicación en la trasformación esencial que hay sufrido el derecho como tal."* (ZAGREBELSKY, 1995, p. 18).

Ministros(as), que desde então permanece estável.

Porém, dentro da estrutura normativa acima explicitada, registra-se que a instabilidade dos textos constitucionais contribuiu para essa constante alteração da estrutura do STF. Vale a ressalva de que, nem todas as alterações constitucionais, efetivamente representaram a incorporação de novos membros ao Tribunal, mesmo porque, conforme analisado, as disposições constitucionais eram condicionadas a propositura de lei infraconstitucional.

Em contraponto, passados quase trinta anos desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 um dos desafios para a jurisdição constitucional brasileira, conforme anota Oliveira (2016, p. 105), é compreender seu papel (central) no debate que se impõe na contemporaneidade. Isto é, "[...] que tipo de interesses têm sido arbitrados nos tribunais, e que vozes se fazem ouvir no processo político por meio desse ator?" Ainda segundo a autora, o desenho institucional do Tribunal favorece as intervenções, sobretudo a política, na pauta decisória no controle concentrado de constitucionalidade, isto porque, a agenda de julgamento é definida de forma discricionária pelo(a) Presidente do STF, sem parâmetros constitucionais ou legais para orientar suas escolhas.

Esta é uma das deficiências apontadas para compreender os porquês de "O Supremo investiu 40% do seu tempo no âmbito da adi em assuntos ligados ao funcionalismo público [...]" (OLIVEIRA, 2016, p. 129), outro fundamento indicado são as excessivas preocupações do constituinte originário com o próprio Estado, haja vista que a palavra "servidor público" aparecer 56 vezes no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ante 24 vezes em que aparece a palavra "trabalhador".

Em resumo, Oliveira (2016, p. 124-128) aduz um "Supremo RH", nessa mesma tônica, Barboza e Kozicki (2012, p. 67) alertam para a atual função de "conselho de Estado" desempenhada pelo STF. Tanto numa, quanto na outra função destacada pelas autoras o que

a jurisdição constitucional brasileira (de atuação pouco cidadã) se distancia é de acrescentar sua efetiva contribuição para desafios na concretização, manutenção e promoção dos direitos fundamentais, sociais, culturais, econômicos dentre outros.

Dito isto, afirma-se que decorre da composição do texto positivo, que por sua vez é orientado pelo contexto político, social e histórico, remonta ao modo de atuação não apenas do STF, mas da estrutura de organização estatal. Uma das possíveis causas seria a, insistente e majoritariamente, ocupação da "regulação das burocracias do Estado", possuindo como consequência direta, o fato de que temas como "trabalho, educação, saúde, moradia, entre outros" (OLIVEIRA, 2016, p. 129), sejam pouco significativos na "pauta suprema". Disto decorre a chamada prevalência das razões do estado sobre a tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Outro fator que deve ser levado em consideração é o reiterado posicionamento, não apenas pela *praxis* do STF em particular, mas dos órgãos colegiados, de uma maneira geral, que em suas decisões não se consegue verificar de modo preciso o posicionamento institucional do tribunal constitucional. Pois, inexiste a fixação de uma tese que o represente, mas apenas a contagem da parte dispositiva dos votos individuais de seus membros. Daí a possibilidade de entender a alteração de seus componentes como um dos mecanismos capazes de interferir objetivamente nas decisões prolatadas.

Provavelmente por essas razões, Gundim e Valverde (2017, p. 409), apoiados nas reflexões de Conrado Hübner Mendes, chamaram a atenção para as "[...] 'onze ilhas' dotadas de autossuficiência decisória, em que cada um dos Ministros atua de forma individual e isolada." Isso porque, em regra, seis votos são capazes de determinarem o juízo de (in)constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo ou, o que é ainda mais grave, um voto seguido por cinco "de acordos", também são capazes de produzirem o mesmo efeito. Não se olvida, contudo, que as hipóteses em que pelas peculiaridades do caso concreto ou por sua própria natureza, a fixação de uma tese

institucional (definitiva) poderia demostrar-se uma saída inviável, todavia, cabe uma vez mais acrescentar os entendimentos Cerqueira Neto e Salgado (2016, p. 119):

> O STF não profere uma fundamentação da corte em suas decisões, mas decide a partir de um apanhado de votos individuais, que geralmente já chegam prontos à sessão de julgamento. Não há deliberação, não há construção coletiva das decisões, não há clareza para além do dispositivo (quando muito). [...] A decisão é da instituição, mas as razões se mostram individuais.

Some-se a isto, uma espécie de confusão institucional na realização das atividades jurídicas, eufemisticamente chamada de reminiscências da "auto compreensão", ou seja, o fato de que:

> No Brasil, ainda sob a Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal já arrogava para si o papel de 'constituinte permanente', em face dos seus deveres políticos e de suas tarefas jurídicas. E esta autocompreensão (*sic*) parece refletir a atuação do Poder Judiciário brasileiro contemporaneamente. (CERQUEIRA NETO; SALGADO, 2016, p. 118).

A tradição acumulada pela evolução histórica do constitucionalismo brasileiro permite compreender que a estrutura do tribunal, em larga medida, influencia, mas, por si só não é capaz de determinar os rumos da atividade jurisdicional desenvolvida pelo tribunal ou seja, é uma causa necessária, porém não suficiente. A atividade judiciária para além destas influências indevidas, sujeita-se a outras, tais como ideológicas, econômicas, circunstanciais, estamento social etc.,[13] contudo, a análise aprofundada destas relevantes questões escapa dos objetivos propostos.

No entanto, a dicotomia que se apresenta como fundamento teórico perpassa não apenas pela análise de sua origem histórica. Exige-se mais. Para tanto, o controle judicial de conformidade das leis e atos normativos com a Constituição Federal pode ser concebido

13 Sobre o tema, dentre outros, conferir: ALMEIDA, Frederico Noronha Ribeiro de. *A nobreza togada*: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. 2010. 329 f. Tese (Doutorado)–Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, São Paulo, 2010.

como um dos instrumentos para a efetividade de dois intentos distintos, a saber: (*i*) tutelar as razões do Estado ou (*ii*) a efetividade de direitos e garantias fundamentais. (BORGES; CÂMARA; VILLAROEL, 2016, p. 138).

Dentro dessa perspectiva, Godoy (2015, p. 81), apoiado nos dados empíricos da pesquisa intitulada: *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*, categoricamente afirma que o controle de constitucionalidade:

> [...] tem servido precipuamente, ao menos entre 1988 e 2012, para a preservação das competências da União, limitação da autonomia dos Estados para adotar desenhos institucionais diversos dos estabelecidos para a esfera federal e nos poucos casos diretamente relacionados à proteção dos direitos fundamentais, há uma atuação eminentemente corporativa para a proteção de direitos de certos grupos, em geral daqueles ligados ao próprio sistema de justiça.

Na sobredita pesquisa, Benvindo e Costa (2014, p. 01), buscam investigar se o controle concentrado de constitucionalidade tem "[...] efetivamente defendido o interesse dos indivíduos ou, ao contrário, interesses institucionais específicos, tal como corporações." Para tanto, os autores analisaram precisamente 4.727 (quatro mil e setecentos e vinte e sete) ADIs no período de 1988 até 2012. Cabe o registro que "No âmbito dos direitos fundamentais, verifica-se que são apenas setenta e duas (72) ADIs julgadas procedentes dentro do espectro analisado." (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 63). Tal comprovação apresenta-se como um forte indicativo de procedência da hipótese inicialmente apresentada.

Com expressiva margem de certeza pode-se afirmar que "[...] mais do que defender a Constituição, por exemplo, o STF tem, predominantemente, decidido em prol de determinadas corporações e pouco atuado na defesa de direitos e garantias fundamentais." (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 08). A conclusão apresentada é apoiada pelo diminuto número de decisões que contemplem os direitos e

garantias ligados à sociedade civil, uma vez que "[...] somam apenas 11 decisões ao longo dos 24 anos analisados pela pesquisa [...]" (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 72).

Nessa perspectiva, a resposta ao questionamento sobre os(as) interessados(as) nos resultados das ações diretas de inconstitucionalidade oferecida por Benvindo e Costa (2014, p. 74), é precisa e não deixa margem para dúvidas:

> São eles: os partidos políticos, o Procurador-Geral da República, as entidades de Classe e os governadores de estado. [...] Entre eles, os que mais se beneficiaram diretamente das ADIs foram os governadores, que contam com o maior índice de êxito e com a maior quantidade bruta de processos julgados e deferidos.

Dimana do trecho acima transcrito, que "A grande concentração de ADIs exitosas do PGR fundadas em argumentos de competência e desenho institucional indica que são esses os fundamentos com base nos quais o STF tende a agir." (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 76). Disto decorre a ideia de que a estrutura institucional estatal como um todo possui consequências no produto da jurisdição constitucional desenvolvida. Os autores retratam ainda uma variabilidade na propositura das ações ao considerar o cenário político momentâneo ou o perfil dos ocupantes dos "postos-chave" (BENVINDO; COSTA, 2014, p. 23), a exemplo do cargo de Procurador Geral da República, são capazes de influenciar quais matérias chegam até a apreciação do STF.

De fato, existe um predomínio no dever de coerência da ordem jurídica normativa positivada, com acentuada preponderância para o exame da constitucionalidade em seu aspecto técnico-procedimental (inconstitucionalidade formal). Se bem que, em certo sentido, a higidez do ordenamento jurídico pode ser considerada como uma forma de direito fundamental, especialmente em questões que operam o princípio da legalidade estrita (em matéria de direito penal ou tributário, por exemplo), mas, de qualquer forma essa visão permanece umbilicalmente ligada aos momentos históricos pretéritos.

Conforme se sabe, em princípio, a espécie concentrada (abstrata) de fiscalização de (in)constitucionalidade garante a uniformidade das decisões judiciais além de, segundo Kelsen (2007, p. 123-124), ser "[...] um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais." Porquanto o efeito entre as partes (*inter partes*) do modelo subjetivo, ou melhor, do controle difuso de constitucionalidade "[...] é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição." (KELSEN, 2007, p. 303). No entanto, as ponderações de Benvindo e Costa (2014, p. 03, grifos dos autores) permitem avançar na compreensão da temática examinada:

> Embora esse modelo seja tipicamente classificado também como *concreto*, não se pode perder de vista que a regra do *stare decisis* confere às decisões do judiciário norte-americano uma eficácia que ultrapassa as partes envolvidas no processo e que, no caso de decisões da Suprema Corte, podem ser identificadas como decisões *erga omnes*, visto que os precedentes deste tribunal vinculam todo o judiciário dos EUA.

Ao que tudo indica, o modelo de controle de constitucionalidade, em suas diversas modalidades, centrado na análise formal se contrapõe a visão contemporânea de jurisdição constitucional potencialmente compatível com a efetivação e promoção de valores metaindividuais, em termos de direitos e garantias fundamentais. Dentre outros exemplos possíveis, vale destacar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental–ADPF n. 54/DF,[14] que versou sobre a possibilidade de interrupção terapêutica do feto portador de anencefalia (má formação do córtex cerebral), ou a ADPF n. 186/DF,[15] que questionou o sistema de reserva de vagas instituído "[...] com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior." (BRASIL, 2012).

Para ilustrar a atuação da jurisdição constitucional, viabilizada

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Plenário. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 abr. 2012.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Plenário. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 abr. 2012.

pelos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, frente as crescentes demandas sociais, que enfrentaram questões complexas e possibilitaram avanços em termos de promoção e de tutela dos direitos fundamentais e sociais na área da saúde e educação. Na prática, possibilitaram que a experiência jurídica brasileira atue na direção de concretizar o projeto fundamental jurídico-político inaugurado em 05 de outubro de 1988, sem olvidar, contudo, que no exame das inconstitucionalidades deve-se observar concomitantemente os aspectos formal e material da Constituição (não redutível apenas ao texto positivo). Daí falar-se na destacada atuação da técnica de interpretação conforme a Constituição e da mutação constitucional como instrumentos jurídicos para à tutela de direitos e garantias fundamentais.

A referida taxionomia (razões do Estado e tutela dos direitos e garantias fundamentais) possui lastro no modo de centralidade das atenções estatais. Logo, uma vez compreendida que a ordem das prioridades da jurisdição constitucional deve ser alterada, revela-se necessário e possível que "O tribunal também deve se reinventar." (CERQUEIRA NETO; SALGADO, 2016, p. 126), ou melhor, que "A atuação de juízes e cortes deve então ser repensada." (GODOY, 2015, p. 236), porém essa guinada não deve ocorrer de cima para baixo (*top-down*) ou de dentro dos palácios da justiça para a sociedade civil, mas, na cooperação entre diversos intérpretes constitucionais, oficiais e sociais. Fala-se, por fim, na essencialidade das participações sociais para colaborar com a operacionalização da dita mudança no controle de constitucionalidade brasileiro aos moldes das audiências públicas realizadas nas ADPFs n. 54/DF e 186/DF, bem como pelas intervenções dos *amici curiae* na ADPF n. 186/DF.

Para tanto, o entendimento das questões políticas capazes de determinar a composição e estabelecer novas formas de relações jurídicas entre as funções do Estado brasileiro passam por um recente paradigma com o advento da Constituição de 1988. Isto não representa, contudo, o completo aperfeiçoamento das instituições

democráticas, mas, de outra sorte, a consciência de um perpétuo processo que precisa ser cotidianamente (re)pensado, no que concerne à implementação dos direitos e garantias fundamentais também pela via da jurisdição constitucional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste momento derradeiro, cumpre repisar sobre os principais pontos daquilo que restou do objeto pesquisado. No primeiro tópico, realizou-se a pesquisa dos textos constitucionais pretéritos até a Constituição Federal vigente (de 1.824 até 1.988), percorrido, os contextos históricos de composição do tribunal constitucional brasileiro. Recuperando alguns textos constitucionais, percebeu-se que o nome, a quantidade numérica dos(as) Ministros(as), a possibilidade de aumento dos membros, o período de permanência no Tribunal etc., foi marcado pelas decisões exclusivamente políticas, submetidas à escolhas de baixa densidade democrática, conforme visto acima.

Ato contínuo, no segundo tópico, buscou-se, ainda que consciente das limitações, compreender os principais desafios reflexivos da jurisdição constitucional em sua contemporaneidade. Constatou-se, com respaldo em recentes pesquisas empíricas, que um dos desafios da jurisdição constitucional na contemporaneidade é a dicotomia existente entre as razões do Estado e a tutela dos direitos e garantias fundamentais, prevalecendo maior peso aquelas.

Isto se deve, em alguma medida, a estruturação, composição ou "engenharia constitucional", que possibilita interferências indevidas nas funções, especialmente na função jurisdicional. A ausência de uma pauta predefinida (agenda institucional), assim como uma deliberação institucional pífia ou inexistente, acentua os traços pouco democráticos demonstrados nos contextos constitucionais pretéritos. Logo, se confirmou a hipótese de que a composição do tribunal influencia, mas, por si só não é capaz de determinar os rumos da atividade jurisdicional desenvolvida, ou seja, é uma causa necessária, porém não suficiente.

De fato, ao se observar com maior acuidade as experiências de jurisdição constitucional ao longo do tempo, não há a necessidade de filiar-se com exclusividade a um ou a outro modelo. Ao contrário, deve-se aproximar daquilo que há de mais adequado as necessidades e ao paradigma democrático brasileiro, contesta-se, pois, a tese da interpretação unívoca em termos de jurisdição constitucional.

Por fim, a jurisdição constitucional não deve permanecer circunscrita ao exame formal ou na tutela estatal, bem como não deve ser idealizada ao ponto de ser equivocadamente considerada como único ou instrumento privilegiado para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, esta deve complementar as práticas democráticas para concretizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil acima apresentados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico Noronha Ribeiro de. *A nobreza togada*: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. 2010. 329 f. Tese (Doutorado)–Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/pt-br.php>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 08, n. 01, p. 59-86, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 05, n. especial, p. 24-51, 2015.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade*? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018.

BORGES, Alexandre Walmott; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro; VILLAROEL, Ivette Esis. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: entre a tutela de direitos e a tutela do ordenamento. In: ROBL FILHO, Ilton Norberto; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. (Org.). *Jurisdição constitucional e democracia* [Recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 138-164.

BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo Pinto. Resenha: On political authority in the ancient world. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 106, p. 315327, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2012.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1946). Ato Institucional n. 02, de 27 de outubro de 1965. Mantem (*sic*) a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 out. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm#art6>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). Ato Institucional n. 06, de 1º de fevereiro de 1969. Altera a composição e competência do Supremo Tribunal Federal, amplia disposição do Ato Institucional n. 05, de 13 de dezembro de 1968 e ratifica as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares. *Diário Oficial da União*, Brasília, 03 fev. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm#art1>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Plenário. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=tp&docid=3707334>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Plenário. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 17 jun. 2016.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de; SALGADO, Eneida Desiree. Caminhos e desafios da revisão judicial de constitucionalidade. *Revista de direitos fundamentais e democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 114-130, jan./jun. 2016.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo*: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015. 266 f. Tese (Doutorado)–Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>. Acesso em: 12 mar. 2018.

GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; VALVERDE, Thiago Pellegrini. Justiça aristotélica e as onze ilhas do Supremo Tribunal Federal: a possibilidade de justiça no caso concreto. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n. 04, p. 389-412, out./dez. 2017.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krung. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Direito e justiça).

KELSEN, Hans. *Theorie pure du droit*. Traduction de Charles Eisenmann. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962. (Philosophie du Droit).

MOISÉS, José Alvaro. Dilemas de la consolidación democrática en Brasil. *Nueva Sociedad–Democracia y política en América Latina*, Caba, n.10, ene./feb. 1990, p. 16-28.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Agenda Suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social*, São Paulo, v. 28, p. 105-133, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v28n1/1809-4554-ts-28-01-00105.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

PULIDO, Carlos Bernal. Sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e a objetividade no controle concentrado de constitucionalidade das leis. In: PULIDO, Carlos Bernal. *Direitos dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 29-58.

UNITED STATES. Supreme Court. Marbury v. Madison 5, U.S. 137 (1803). *Justia. US Supreme Court.* Marbury x Madison, 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 23 maio 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: leys, derechos y justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. (Estructuras y procesos. Serie Derecho).

WESTIN, Ricardo. Senado já rejeitou médico e general para o STF. *Jornal do Senado*, Brasília, segunda-feira, 1º de junho de 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/arquivo/arquivos-pdf/senado-ja-rejeitou-medico-e-general-para-o-stf>. Aceso em: 10 fev. 2016.

ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: SUPREMACIA JUDICIAL E DEGENERAÇÃO DEMOCRÁTICA

Tiago Henrique Torres[1]

1. INTRODUÇÃO

Logo em seu Preâmbulo, a Constituição Brasileira de 1988 se predispôs a, instituindo um Estado Democrático de Direito no Brasil, "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais"[2], algo que fartamente restou disposto no Título II (Artigos 5º ao 11), por meio da apresentação dos Direitos e Garantias Fundamentais do Povo, de necessário resguardo pelo Estado, além da própria atuação do Povo na realização dos interesses do Estado. De igual sorte, a mesma Constituição de 1988 organizou o exercício de poder pelo Estado em funções essenciais, conforme disposições de seu artigo 2º[3], sendo essas as funções Legislativa, Executiva e Judiciária (ou Jurisdicional). Por meio dessas, o Estado estaria preparado a exercer em favor do Povo de modo organizado, concatenado e encadeado as atividades conforme a natureza de cada uma das funções descritas, em nome do poder lhe conferido pelo próprio Povo, conforme

1 Mestrando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC/MG). Advogado. Contato: (31)9 9192-8857 (Whatsapp) – E-mail: torres.direito@yahoo.com.br.

2 Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso: 03. Abr. 2018.

3 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso: 03. Abr. 2018.

Parágrafo Único do artigo 1º da Constituição de 1988[4].

Notadamente no inciso XXXV do artigo 5º[5], restou conferido à função Jurisdicional do Estado a apreciação e resguardo ao Povo de toda lesão ou ameaça aos seus direitos. Em outras palavras, caberia ao Estado, por meio de juízes e tribunais investidos do poder, conferido pelo Povo, apreciar as situações de lesão ou ameaça de lesão à direitos do Povo, promovendo a tutela e resguardo de tais direitos conforme os preceitos do Ordenamento Jurídico. Contudo, à despeito do Ordenamento Jurídico existente, a necessidade de se resguardar ao Povo a proteção aos seus Direitos, sobretudo aqueles inseridos na Constituição de 1988 como Fundamentais, incutiu nos órgãos julgadores a necessidade de agir mais proativamente, realizando efetivamente ideais de justiça e sócio-políticos em suas decisões.

Nesse pano de fundo se instaura uma dicotomia entre Estado Democrático de Direito, com seu regramento normativo e fomento à atuação do Povo na realização das atividades do Estado, e o Ativismo Judicial, com o seu intuito de promover uma pacificação da sociedade de modo justo e promotor do resguardo aos interesses sociais. Diante do discurso de ambos os polos de uma busca por uma efetivação de Direitos e Garantias Fundamentais, é a razão do presente estudo confrontar o Ativismo Judicial com um necessário acatamento ao conteúdo democrático do Estado, vigente desde a égide da Constituição de 1988.

---

4 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso: 03. Abr. 2018.

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
XXXV–a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso: 03. Abr. 2018.

2. O ATIVISMO JUDICIAL: BUSCA PELA SOLUÇÃO ÀS DEFICIÊNCIAS FUNCIONAIS DO ESTADO E PROMOÇÃO AO RESGUARDO DA SOCIEDADE

O Ativismo na atividade jurisdicional do Estado é uma realidade há muito tempo observada nos sistemas jurídicos, muito por influência direta da experiência jurisprudencial do Common Law norte-americano. Inclusive, desde logo é importante a informação trazida por Luis Roberto Barroso:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). (BARROSO, 2009, p. 7)

A sua introdução no direito brasileiro teve intenções iniciais de promover um agir proativo do Judiciário em busca da satisfação dos interesses do Povo, observada a deficiência das outras funções essenciais do Estado (Legislativa e Executiva/Administrativa) na concretização de tais interesses. Em outras palavras, "a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior

interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes" (BARROSO, 2007, p. 6). Acerca das bases do Ativismo Judicial, ainda em solo Norte-americano, lecionam Georges Abboud e Guilherme Lunelli:

> (...) desde o seu nascedouro, o problema do ativismo judicial esteve atrelado aos limites entre a atividade interpretativa e a atividade criativa do julgador-intérprete. Sendo a Constituição Americana genérica e abstrata, sempre foi muito difícil naquele sistema jurídico diferenciar interpretação e criação (ou imputação) de sentidos para o texto constitucional. (ABBOUD, LUNELLI, 2015, p. 24)

É inegável que, com o advento da Constituição Brasileira de 1988, a gama de Direitos e Garantias Fundamentais do Povo chegou a patamar nunca dantes vislumbrado, sobretudo por se tratar da primeira Constituição do Estado brasileiro após o período da 2ª Guerra Mundial (1945) e da Ditadura Militar (1964-1985), da redemocratização do Estado e da adoção das ideias de Estado Democrático de Direito e de Povo como fonte do poder[6]. Este aumento do rol de direitos e garantias do Povo gerou ao Estado o dever de propiciar e assegurar que tais benesses pudessem efetivamente ser gozadas pelo Povo, por meio de suas funções essenciais, seguindo a célebre doutrina de Montesquieu. Nesse sentido, curial a incursão que faz Ronaldo Brêtas:

> Poderes do Estado, na dicção constitucional brasileira, em visão tripartida e antiquada – Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário – só podem ser compreendidos, segundo concepção doutrinária mais atual, como sistemas ou complexos de órgãos aos quais as normas da Constituição atribuem competências para o exercício das qualificadas funções fundamentais do Estado. (BRÊTAS, 2015, p. 26)

No entanto, a deficiência no exercício das funções Legislativa e Administrativa do Estado pela utilização deturpada ou negligente do poder conferido pelo Povo aos agentes políticos, trouxe à função

6 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso: 03. Abr. 2018.

Jurisdicional a conclusão de que seria necessário suprir as deficiências das demais funções essenciais, para que não se concebesse o desequilíbrio do próprio Estado em razão de sua deficiência funcional em promover Direitos e Garantias Fundamentais. Diante desse fato, o Ativismo Judicial em solo brasileiro, em prol de um suposto resguardo à Direitos e Garantias Fundamentais do Povo, bem como de suprir as deficiências das demais funções essenciais do Estado, culminou em confiar aos juízes e tribunais a missão de garantir justiça e pacificação social, tendo como idéia máxima que os processos jurisdicionais se prestariam unicamente a esse mister. Em outras palavras sobre essa temática, "a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social" (DINAMARCO, 2009, p. 188). Portanto, diante das questões apontadas, dadas as mazelas funcionais do Estado, a função jurisdicional estaria adstrita à própria realização de paz social e de um ideal de justiça em suas decisões, sendo esse o seu guia de atuação perante os anseios do Povo.

Importante nesse ponto da abordagem as ponderações feitas por Georges Abboud e Nelson Nery Júnior:

> No Brasil, o ativismo – entendido como o desapego à legalidade vigente a pretexto de fazer prevalecer a justiça da decisão – pode ser visualizado em diversas manifestações doutrinário-forenses, tais como: relativização [*rectius*: "desconsideração"] da coisa julgada; atribuição de efeito vinculante para decisões e súmulas inconstitucionais; *objetivação* do controle difuso de constitucionalidade que, ontologicamente, é subjetivo; a ideia de que o destinatário da prova é o juiz e não o processo; a possibilidade de realizar a motivação concisa limitando-se o órgão julgador a enumerar uma série de ementas de supostos casos paradigmas ou simples referência a enunciado de súmula vinculante; a alegação de mutação constitucional contra texto expresso da Constituição; a substituição, pelo Judiciário, da função constitucional legislativa, dentre outros. (ABBOUD, NERY JÚNIOR, 2013, p. 529)

Esse sentimento de necessária atuação do judiciário para promover justiça, ainda que às custas de suprimir a legalidade existente, advém de concepções doutrinárias calcadas na adoção dos escopos

Metajurídicos ao Processo, tais como a paz social, a política, a educação, dentre outras, os quais se poderia obter por meio da atuação concreta dos juízes e/ou tribunais. Tal como afirmado por Piero Calamandrei, para quem "a justiça é a criação que brota de uma consciência viva, sensível vigilante, humana", donde "justamente neste calor vital, esse sentimento de contínua conquista, de vigilante responsabilidade é que é necessário apreciar e estimular o juiz" (CALAMANDREI, 2017, p. 48-49), o agir Ativista do judiciário encontra total respaldo para que exista e contribua para a guarida de Direitos e Garantias Fundamentais ao Povo, por meio do que se apregoa como justiça de uma decisão advinda exclusivamente da sapiência do julgador.

Ao que se apresenta, o Ativismo Judicial desponta como incontestável fruto de uma concepção de Estado Social[7], o qual concedia ao Povo aquilo que esse necessitava. De igual sorte, o juiz ou tribunal, utilizando-se de sua sapiência, visão de mundo, noção política e social mais abrangente e ativa que os demais do Povo, atuaria em prol da promoção de justiça e da proteção dos direitos que o Povo careça. De modo totalmente pragmático, prático e demonstrando ser detentor da verdade, o judiciário Ativista exerce seu mister concedendo aquilo que entenda como justo, moral e socialmente aprovável, tendo em vista estar culturalmente melhor preparado para proferir tal espécie de juízo valorativo. Daí, conclui criticamente Ronald Dworkin:

> O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes

7 Cabe aqui a breve ressalva feita por André DEL NEGRI (2016, p. 49): "Com a Constituição de 1988, é importante demarcar, construiu-se novas bases, nitidamente inspiradas nos princípios do *Welfare State*, a fim de trabalhar a questão social. Certo é que, quanto ao Brasil, a política do Estado Social apresentou entraves quanto a requisitos imprescindíveis como saúde, educação, transporte coletivo, moradia e infraestrutura. Contudo, é de se esclarecer, que isto não impede, evidentemente, de trabalharmos um Estado Democrático de Direito (art. 1º CF/88)."

> apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo como isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. (DWORKIN, 1999, p. 451-452)

Fato é que há muitas posições doutrinárias favoráveis ao Ativismo Judicial, e os efeitos considerados benéficos para a ordem Constitucional e o exercício das funções do Estado. Dentre essas, destaca-se a posição de Hélder Fábio Cabral Barbosa:

> Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexiste tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade. (BARBOSA, 2011, p. 151)

De igual sorte, é o entendimento de Fernando Gomes de Andrade:

> Cremos ser o Judiciário competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingencia também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição. (ANDRADE, 2007, p. 322)

No entanto, imperioso relembrar, em sentido diverso, a lição trazida por Georges Abboud e Guilherme Lunelli:

> Sempre que uma decisão, proferida por qualquer juiz ou instância, encontrar fundamento nas convicções pessoais do julgador, restando ignorado ou deturpado o sentido de um texto democraticamente posto, estaremos diante de posturas ativistas. Nessa esteira, devemos também perceber que, diferentemente do imaginário dominante, nem sempre decisões ativistas serão obrigatoriamente "progressistas" ou "vanguardistas". E a razão para tanto é simples: posturas ativistas pressupõem decisões judiciais baseadas nas considerações pessoais ou políticas próprias do julgador, mas essas, a depender do caso, poderão conduzir tanto a resultados "liberais" quanto a resultados "conservadores". Daí não haver sentido em se

> falar acerca de bom ou mau ativismo. O ativismo é uma degeneração ideológica da atividade interpretativa/aplicativa do Judiciário. (ABBOUD, LUNELLI, 2015, p.25)

Postas as concepções ora descritas, é preciso considerar a postura Ativista do judiciário como algo que, embora todo o pano de fundo que pregue uma salvaguarda às deficiências estatais ou mesmo ao resguardo de Direitos e Garantias Fundamentais, aborda a possibilidade do julgador atuar com todo o seu senso de justiça, inato apenas àqueles que estejam em sua posição privilegiada. Apesar do contexto de promoção da paz social, tal como afirmado por Aroldo Plínio Gonçalves ao pontuar que "quando os argumentos se desenvolvem em nome da justiça social, é, por certo, difícil vencer o fascínio que eles provocam, principalmente quando vêm revestidos pelo vigor da cultura e pela elegância da forma" (GONÇALVES, 2016, p. 157), é preciso conceber a função jurisdicional por meio da necessária e estrita participação do Povo em sua realização, e não apenas que esta signifique a realização do senso de justiça do julgador melhor preparado ou uma posição privilegiada perante as demais funções essenciais do Estado.

3. 1º ENFRENTAMENTO: A QUESTÃO DA DIVISÃO DE FUNÇÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É inegável que, no momento em que a Constituição de 1988 é enfática ao informar que o poder emana do Povo, não há outro modo do Estado atuar em suas funções que não seja intimamente adstrita aos interesses desse Povo, porquanto agente formador do próprio Estado. Ao se mencionar a existência de um Estado que se diga democrático, igualmente necessário se observar a atuação direta e concreta do Povo em todo e qualquer exercício funcional que o Estado vá promover, garantindo a própria legitimação das suas atividades essenciais.

Nessa quadra, ao se buscar compreender o papel do Povo no raciocínio traçado em sua relação com o poder, pode-se concebê-lo tanto como fonte do poder, quanto como destinatário do poder. Quanto ao primeiro aspecto, se estaria sob o pálio da própria Constituição

de 1988, donde se atribui ao Povo emanar o poder, por sua própria legitimação em razão do caráter democrático. Quanto ao segundo aspecto, porquanto sujeito de deveres perante as funções do Estado, tal como advertiu Konrad Hesse, bem como da própria representatividade democrática que confere por meio do sufrágio universal. Inclusive, é a afirmação de Hesse:

> A Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente -no mais tardar em momento de acentuada crise – que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derrogados. (HESSE, 1991, p. 21).

De igual modo, Friedrich Müller é enfático ao afirmar que "o Povo é instância global da atribuição da legitimidade democrática, já que dele decorreria a estrutura de legitimação" (MÜLLER, 2003, p. 76-77), demonstrando a necessária existência da atuação do Povo para a validade do exercício das funções do Estado.

Nesse prisma, é importante trazer a comento que a atuação do Estado necessariamente deve ocorrer conforme a tripartição funcional trazida pela Constituição de 1988, calcada em doutrina secular, cujo exercício deve ser manejado por meio de órgãos criados e estruturados conforme o que apregoe o Ordenamento Jurídico. Afinal, conforme pontua Ronaldo Brêtas, existe uma razão dúplice para tal estruturação:

> É importante observar que tal estruturação jurídica ainda permite ao Estado a criação de órgãos autônomos para o desempenho de suas funções jurídicas consideradas fundamentais ou essenciais, e, ao mesmo tempo, estabelece um sistema político de garantia dos

> direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas sobre as quais o poder estatal é exercido, de sorte que não o faça de forma abusiva ou degenerada. Esses órgãos estatais, quaisquer que sejam, não são soberanos, pois, indiscutivelmente, é o Estado que detém a soberania em nome do povo, a comunidade política, sem a qual lhe faltaria o poder de criação e de aplicação das normas que edita para composição do seu ordenamento jurídico, o qual lhe serve de diretriz obrigatória no desempenho de quaisquer de suas funções. (BRÊTAS, 2015, p. 26-27)

Nessa mesma perspectiva abordada, é conclusiva e autoexplicativa a afirmação de que "a separação de poderes é Princípio estruturante de nossa Democracia Constitucional, portanto constitui parâmetro normativo para controle e adequação de todos e quaisquer atos de quaisquer poderes, inclusive aqueles emanados da jurisdição constitucional" (ABBOUD, 2016, p. 703), demonstrando que a divisão funcional da atividade do Estado visa, sobretudo, racionalizar e controlar o poder do Estado coibindo-se arbítrios em face do Povo.

Portanto, em confronto com os apontamentos referentes ao Ativismo Judicial, há que se observar diante do enfrentamento ora proposto, o primeiro entrave ao Estado Democrático de Direito, já que o agir Ativista culmina no avanço sobre as demais funções essenciais do Estado ao argumento de que um interesse maior estaria sendo perseguido. Esse interesse maior, lastreado na solução das mazelas sociais, não pode superar a necessária organização do Estado segundo a norma posta na Constituição, já que a divisão do exercício de poder pelo Estado em funções corrobora diretamente para a legitimação democrática de seus respectivos atos, por meio da atuação e fiscalização do Povo.

4. 2º ENFRENTAMENTO: DEGENERAÇÃO DEMOCRÁTICA PELO ESQUECIMENTO À PARTICIPAÇÃO DO POVO NA PROCESSUALIZAÇÃO DECISÓRIA E LEGITIMAÇÃO AO ATO ESTATAL

Conforme já abordado, o Ativismo Judicial apresenta uma forma de agir proativa do julgador em favor da consecução de

objetivos que, muitas vezes, vão muito além do texto legal, significando a realização de um verdadeiro sentimento de justiça de tal julgador, ou mesmo da implementação de direitos que as funções legislativa e executiva falham em garantir ao Povo. É preciso se ter em mente que esse agir do julgador, nos moldes apresentados, desloca o agir das partes para a margem da questão jurídica apreciada, em prol de uma atuação solitária que se mostre aparentemente mais efetiva e eficaz para a solução da controvérsia, demonstrando uma verdadeira degeneração democrática perpetrada por um ato do Estado. Inclusive, acerca dessa temática em comento, necessária a transcrição de excerto de decisão proferida pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça:

> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de BARBOSA MOREIRA e ATHOS CARNEIRO. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento que os Srs. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS e HUMBERTO GOMES DE BARROS decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (BRASIL, STJ, ERESP 319.997-SC, Relator Peçanha Martins, 2003)[8]

Tal como um verdadeiro engenheiro ou terapeuta social, a missão do julgador nessas concepções vai muito além do mero ofício

8 Disponível: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7404775/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-319997-sc-2001-0154045-5/inteiro-teor-13060274?ref=juris-tabs > Acesso: 03. Abr. 2018.

de representar o Estado no exercício da função jurisdicional. Nesse prisma, conforme pontuado por Luiz Flávio GOMES e Valério de Oliveira MAZZUOLI (2016, p. 54):

> O juiz (Hércules) deve traduzir em sua sentença o sentimento de justiça da comunidade, a luta dos marginalizados, a libertação dos oprimidos. Justiça, política e ética são as fontes do Direito. Direito em suma, é o direito de não ser espoliado ou explorado. A lei é estática, enquanto o Direito é dinâmico. O jurista deve sempre dinamizar a lei para que não seja força retrógrada dentro da sociedade. O juiz deve criar o Direito em cada caso concreto. Nada justifica, segundo esse entendimento, estar o juiz a serviço das classes dominantes.

De igual sorte, traduz em argumentos jurídicos Cândido Rangel Dinamarco:

> É sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e também por serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem. Por insatisfação entenda-se 'um sentimento, um fenômeno psíquico que costuma acompanhar a percepção ou a ameaça de uma carência'. São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade. (DINAMARCO, 2009, p. 189)

No entanto, há de se ressaltar que esse modelo de atuação é típico de Estado Social, e não de um Estado Democrático de Direito, vigente desde a Constituição de 1988. É o que se colhe do comentário feito por Lênio Streck e José Luis Bolzan de Morais, ao avaliarem que, na experiência brasileira, o Estado Social vai muito além do mero *status* de Estado Providência:

> Assim, a tese de que em países periféricos, de desenvolvimento tardio, o papel do Estado deveria ser o de intervenção para a correção das desigualdades, não encontrou terreno fértil em terras latino-americanas. Ao contrário, a tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimolialismo das elites herdeiras do colonialismo. Isso é perfeitamente aplicável ao caso brasileiro, onde o intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado, serviço tão-somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população. De todo

> modo, embora o Estado intervencionista represente uma espécie de amálgama capitalista, como projeto salvacionista em face do crescimento dos movimentos de massa, tornou-se, na verdade, o embrião da construção das condições da etapa que o sucedeu nos países desenvolvidos, o Estado Democrático de Direito. E isso não ocorreu no Brasil. (STRECK, MORAIS, 2006, p. 81-82)

Esse Estado Democrático de Direito, que "resulta da articulação dos Princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais" (BRÊTAS, 2015, p. 68-69), ou seja, a junção existente entre a participação ativa do Povo em todas as decisões do Estado e o necessário respeito ao Ordenamento Jurídico, é a baliza fundamental para se avaliar o nível de democraticidade existente no agir Ativista do judiciário. Por isto é que já lecionou Rosemiro Pereira Leal que, "na teoria da Democracia os Direitos Fundamentais são inafastáveis não porque já estejam impregnados na consciência, mas porque são requisitos jurídicos da instalação processual do sistema democrático, sem os quais o Estado Democrático de Direito não se enuncia" (LEAL, 2016, p. 27), demonstrando que em um Estado Democrático de Direito não se pode conceber que a atuação do Estado se dê à margem da atuação do Povo, sobretudo porque fonte dos próprios Direitos Fundamentais a serem obtidos mediante a participação popular de modo processualizado para a realização e fiscalização dos atos estatais.

Portanto, em contexto do exercício da função jurisdicional, trata-se de uma necessária processualização decisória, em atenção aos ditames democráticos peculiares ao momento em que se encontra a sociedade e ao próprio arcabouço de Garantias Fundamentais postas na Constituição de 1988, dentre as quais o Processo se insere para o resguardo dos Direitos Fundamentais, já que "é um Princípio que decorre da juridicidade do Estado e que serve para eliminar todos os resíduos de discriminação em favor do poder público" (BARACHO, 1995, p. 19). A atuação do julgador, seja juiz singular ou tribunal, deve ocorrer adstrita à atuação direta e concreta do Povo sobre todo e qualquer ato decisório que profira, para que lhe confira a legitimidade

democrática necessária à validade do ato imperativo a ser proferido. Nesse sentido, importante a lição trazida por Dierle Nunes:

> A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedades altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões. Assim, toda decisão deve ser resultado de um fluxo discursivo balizado por um procedimento embasado nos princípios fundamentais (processo) que permita uma formação processual de todo exercício de poder. (NUNES, 2012, p. 203)

A partir dessas concepções, o Ativismo Judicial é bem pontuado, novamente por Dierle Nunes:

> (...) o viés nefasto do protagonismo judicial, no qual o processo é visto como instrumento técnico da jurisdição (e do juiz) que poderia formar uma decisão com qualquer conteúdo, dentro da visão privilegiada do magistrado, e que poderia ser deformalizado e entregue aos critérios judiciais de seu dimensionamento a permitir uma decisão rápida como se tal rapidez bastasse a uma tutela constitucionalmente adequada), fruto da sabedoria diferenciada do julgador. (NUNES, 2012, p. 194)

E continua o citado Dierle Nunes, ao posicionar-se pela proposta de "um afastamento da idéia de privilégio cognitivo do julgador (decisionismo) e a implantação de um espaço discursivo comparticipativo de formação das decisões" (NUNES, 2012, p. 196), donde se reforça a necessária processualização decisória pela via da participação do Povo de forma contributiva para a concretização do ato decisório, garantindo assim conteúdo democrático a tal ato do Estado. Em sentido oposto, fomentar o Ativismo Judicial significa justamente degenerar o conteúdo democrático que possa ter a decisão judicial. De igual sentido, seguindo as ideias de Dierle Nunes, traz à comento em relação às normas do Código de Processo Civil de 2015, Ronaldo Brêtas:

> Melhor dizendo, os sujeitos do processo devem praticar os atos processuais que lhes cabem em regime de comparticipação,

> concretizada pelo efetivo contraditório (NCPC, artigo 7º), que é seu elemento normativo estruturador, na medida em que o contraditório entrelaça-se com a fundamentação da decisão jurisdicional (NCPC, arts. 11, 298 e 489), permitindo que as partes exerçam influência junto ao julgador, a fim de que o pronunciamento decisório a ser obtido desponte favorável aos seus interesses. Por consequência, no Estado Democrático de Direito, é esta forma de estruturação procedimental que legitima o conteúdo das decisões jurisdicionais proferidas ao seu final, fruto da comparticipação dos sujeitos do processo, quais sejam – juiz, agente público julgador a quem o estado delegou a função jurisdicional, e partes contraditoras, cada uma delas buscando subordinar o interesse da parte contrária ao seu – implementando-se tecnicamente os direitos e garantias fundamentais por estas ostentados. (BRÊTAS, 2016, p. 50)

Portanto, ao se falar do ato de decidir em contexto democrático apregoado pela Constituição de 1988, necessariamente há de ser concebida e identificada a participação do Povo, enquanto interessado na prolação do ato estatal, conjuntamente com o próprio representante do Estado no ato decisório, na figura do juiz ou tribunal. Essa relação necessária para formação do conteúdo democrático de uma decisão jurisdicional é quem terá o condão de garantir, conjuntamente com o devido respeito ao Ordenamento Jurídico, a legitimidade necessária para que tal ato do Estado tenha validade em contexto democrático. Esse agir do Povo para a decisão jurisdicional, embora sonegado pelo agir Ativista do judiciário em situações donde se vislumbra que apenas a sapiência única do julgador pode solucionar a controvérsia posta, é o ponto crucial de garantia de democraticidade do ato jurisdicional, como bem observa Ronaldo Brêtas:

> Assim o é, porque a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma estrutura normativa metodológica (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo. (BRÊTAS, 2015, p. 164)

Diante dessas concepções, há que se apontar que o Ativismo Judicial corrobora diretamente para a redução dos índices de democraticidade na atividade jurisdicional, não podendo ser concebida como democrática a concepção de que a posição, visão e raciocínio do julgador, desfraldados em uma decisão jurisdicional, são melhor preparados do que os demais para a concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais do Povo, sem a participação deste em todo e qualquer passo até que seja proferido o ato decisório.

5. ATIVISMO JUDICIAL: PENÚLTIMAS PALAVRAS EM VISTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

O empoderamento do judiciário ao longo dos anos (ARAÚJO, 2017, p. 27) é, sem dúvidas, um dos aspectos de formação de um agir Ativista, além das já mencionadas intenções de se concretizar o senso de justiça considerado como inato ao julgador, bem como de sanar as anomalias das demais funções essenciais do Estado, utilizando-se da função jurisdicional. A realização ou concretização de Direitos Fundamentais ao Povo é uma bandeira forte do agir Ativista do judiciário, mas, seria ela realmente almejada ao avaliarmos esse Ativismo?

Em contexto democrático, a participação do Povo é mola mestra da atividade funcional do Estado, seja de forma direta ou por representação, sendo essa participação uma verdadeira Garantia Fundamental do Povo, donde se insere o Processo como modo de controle ao arbítrio do Estado e forma do próprio Povo resguardar que seus Direitos Fundamentais possam ser fruídos. Nesse sentido, as afirmações de que "a função jurisdicional é exercida por magistrados nomeados e obedientes à lei. A legitimidade deles não está assentada no respaldo popular. Em outras palavras, a legitimação democrática do juiz não tem comprometimento com as maiorias. O juiz a nada e a ninguém representa" (BECATTINI, 2003, p. 25) não demonstram o resguardo à direitos do Povo pelo agir Ativista do judiciário, mas sim a perda constante e crescente de tais direitos. Conclusão semelhante

é a de Gelson Amaro de Souza:

> A atividade judicial ao suprimir direitos fundamentais em prejuízo do jurisdicionado, está contrariando a Constituição da República. Não se conhece estatística alguma, mas pelo que se apresenta notório, é possível imaginar que o poder que mais viola a Constituição da República é o Poder Judiciário. (SOUZA, 2013, p. 222)

De igual sorte, assevera Helena Patrícia Freitas, ao avaliar a própria Democracia e a legitimidade dela advinda:

> A democracia é uma forma de governo que se funda na autodeterminação e soberania do povo, exercida diretamente ou por meio de seus representantes livremente escolhidos. Mais do que uma forma de governo, é um princípio legitimador do exercício do poder que se origina no povo. Este sistema procura igualar as liberdades públicas e implantar o regime de representação política popular. A Constituição da República colocou a dimensão participativa como fundamental à democracia. (FREITAS, 2017, p. 100)

Portanto, a participação do Povo nos atos decisórios estatais, em conjunto com o representante do Estado, no caso, juiz ou tribunal, é justamente a garantia de que a legitimação democrática do ato está resguardada e conforme as prescrições do texto constitucional.

Ainda firmes nos ditames do Estado Democrático de Direito, diante das linhas já traçadas sobre a divisão da atividade do Estado em funções essenciais (legislativa, executiva e jurisdicional), e, tendo em mente que a divisão funcional decorre da racionalização do poder para que esse não se configure em arbítrio ao estar nas mãos de poucas pessoas, de modo a se coibir de forma eficaz os abusos que por ventura possam ser cometidos pelos agentes do Estado, é necessário perceber que essa estruturação faz com que o Estado funcione mecanicamente, não de modo engessado, mas como uma verdadeira engrenagem de funções encadeadas, que, juntas, possam exprimir uma correta, eficaz e célere atuação do Estado em favor do Povo. Essas concepções encontram arrimo nas lições de Ronaldo Brêtas:

> O cerne da doutrina de Montesquieu, como exsurge de sua obra, aduz Simone Goyard-Fabre, nunca residiu na ideia da separação

> inflexível dos poderes do Estado, mas que suas atribuições fossem obedientes a uma divisão e distribuição orientadas pelo princípio do equilíbrio, funcionando esses considerados poderes, em sua dinâmica, de forma ajustada, ou, segundo expressão do próprio Montesquieu, "concertadamente", a fim de impedir os desvios, os abusos ou descaminhos do poder político. (BRÊTAS, 2015, p. 22)

No prisma dessa discussão, avaliar os caracteres do Ativismo Judicial em confronto com uma divisão funcional da atividade do Estado em contexto democrático é, novamente, se estar diante de uma degeneração ao próprio Princípio Democrático. De igual sorte seria se qualquer outra função do Estado, legislativa ou executiva, iniciasse uma investida de atuação utilizando de características intrínsecas à função jurisdicional. Afinal, conforme Marcelino da Silva Meleu apresenta:

> Ao utilizar-se de mecanismos decisionistas acabará por reeditar o positivismo (modelo ultrapassado com o Estado Democrático de Direito, o qual abarca essas decisões discricionárias, possibilitando que se legisle retroativamente. Uma coisa é o magistrado intervir para que se concretizem direitos; outra é utilizar sua autoridade para arbitrariedades ou desmandos. Mesmo porque admitir uma interpretação em que o legislador pode a ser livre alvedrio legislar sem limites seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e a majestade dos princípios constitucionais (Bonavides). Da mesma forma que se refuta o legislar sem limites, devemos coibir uma atuação dicisionista do julgador. (MELEU, 2013, p. 112)

Oportunos nessa discussão, ainda, os questionamentos que fazem Dierle Nunes e Ludmila Teixeira:

> Não se trata apenas de reconhecer os limites das ferramentas à disposição do Judiciário para a reorganização estrutural do Estado, mas, sobretudo, de observar nas contradições do estatuto do juiz em nosso sistema de justiça, uma advertência para o perigo latente de instrumentalização do direito (e do discurso sobre o "ativismo engajado") para o uso estratégico do poder jurisdicional. Se a suspeita de que os discursos articulados em torno da necessidade de uma atuação judicial mais enfática nem sempre se voltam para que o *enforcement* dos direitos fundamentais for fundado, a festejada hipótese de que o protagonismo judicial atende ao acesso à justiça será irremediavelmente falsa. Se o "ativismo puder servir a dois senhores, igualmente

> à concretização de direitos e à instrumentalização do Judiciário para os projetos estatais ou do sistema econômico, é claro que a tese não passa de uma especulação inconsequente, que e a respeito do acesso à justiça só aproveita o apelo, e que pouco ou nada diz sobre o lugar do juiz na democracia. Imunizados ao menos contra a tentação (e decepções) de toda solução redentora, estaríamos prontos a questionar: afinal, o que leva a criatividade do decisor ser tão incentivada (se for para produzir, flexibilizar os sentidos da lei, adaptar procedimentos) e tão reprimida (pela padronização decisória, pela filtragem dos litígios de massa, pela vinculação sumular)? Por que razão o rigor pretoriano com a dinâmica da separação entre os poderes varia tanto conforme o grau de jurisdição? (NUNES, TEIXEIRA, 2013, p. 85)

Não se pode olvidar que o Estado Democrático de Direito no Brasil careça ainda de um constante trabalho em torno da sua realização e efetivação integral, conforme apregoam os ditames da Constituição de 1988. Contudo, igualmente é insofismável que, resgatar nuances de um Estado de Bem-Estar Social no exercício da função jurisdicional, nesse momento iniciado com a Constituição de 1988, mostra-se um total retrocesso perante uma Democracia vigente, que tanto se lutou contra a opressão do Estado para ser conquistada. Se o Estado Democrático de Direito no Brasil ainda não possa ser delineado como efetivamente implementado, muito se deve ao resgate ao arbítrio outrora observado, sobretudo antes da redemocratização dos Estados nacionais após as Guerras Mundiais e regimes ditatoriais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As presentes considerações caminharam no sentido de delinear de forma mais objetiva possível as nuances que constituem o Estado Democrático de Direito brasileiro, quais sejam a junção entre o Princípio Democrático (vislumbrado na participação do Povo nas decisões do Estado, da guarida de seus Direitos Fundamentais intermediada pelas Garantias Fundamentais, da fiscalização dos atos do Estado contra quaisquer arbítrios e abusos de poder) e o Princípio do Estado de Direito (identificado no respeito ao Ordenamento

Jurídico como um todo, sobretudo à Constituição de 1988, como pedra fundamental da ordem do Estado e do resguardo aos Direitos Fundamentais), além da divisão da atividade do Estado em funções essenciais (legislativa, executiva e jurisdicional), de forma com que o poder conferido ao Estado pelo Povo seja exercido de forma organizada, concatenada e longe do arbítrio e desproporcionalidade. Posto o delineamento, e concebendo-se a existência do Ativismo Judicial, necessária a confrontação desse com as nuances de um Estado Democrático, de modo a apurar (e depurar) eventuais discrepâncias entre ambos, visando sempre primar pelo paradigma democrático inserido na Constituição de 1988.

A existência de questionamentos ao Ativismo Judicial, conquanto se apresente com cunho ditatorial do decisor soberano e distante da participação do Povo, não demonstra a adoção ao Princípio Democrático apregoado no texto constitucional. De igual sorte, a ruptura do Judiciário com a organização funcional do Estado apresenta claro exercício desproporcional do poder conferido pelo Povo, não podendo o agir que invade as atribuições das demais funções essenciais do Estado ser considerado, ainda que a razão que baseie esse agir Ativista justifique metajuridicamente[9] a atitude. A unidade das funções do Estado, exercendo uma sua atribuição de modo organizado e conforme o Ordenamento Jurídico constitucional é que poderá resguardar que Direitos e Garantias Fundamentais sejam gozadas pelo Povo, com sua participação e fiscalização contra os atos abusivos e lesivos do Estado praticados em seu desfavor.

Em contexto democrático, é importante que se concebam Direitos e Garantias Fundamentais ao Povo pelo Estado, com a participação do próprio Povo, de forma que essa proteção a direitos ocorra de maneira legítima e democrática, e não de forma despótica e solitária, ao arbítrio da autoridade judicial. Pelas razões delineadas, o Ativismo Judicial só poderá se configurar em um agente de

9 Segundo lições de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 177-263), ao lecionar sobre os escopos do processo.

degeneração da democraticidade do Estado, culminando em retrocesso perante a ordem instaurada na Constituição de 1988 com a adoção ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. Ativismo Judicial como Conceito Natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. DIDIER JÚNIOR, Fredie *et aliii* (Coord). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 525-553.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo: Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 242, p. 21–47, 2015.

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ANDRADE, Fernando Gomes. Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF. *Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos*. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. *O Ativismo Judicial e seus Limites*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania – A plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível. *Estudos de direito constitucional*. ANDRADE, Fernando Gomes de (Org.). Recife: Edupe, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4.ed Jan/Fev 2009. Disponível: < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso: 03. Abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 03. Abr. 2018.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. *Dilemas da Atuação do Poder Judiciário: Ativismo Judicial sob a Ótica do Pensamento de Ronald Dworkin*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3ª. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et aliii*. *Estudo Sistemático do NCPC (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016)*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democracia: conferências realizadas na Faculdade de*

Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. ANDRADE, Mauro Fonseca (Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. CAMARGO, Jefferson Luiz Camargo (Trad.) 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREITAS, Helena Patrícia. A crise de representação no Estado Democrático de Direito: uma leitura na visão do círculo dos afetos de Vladimir Safatle. GONTIJO, Lucas de Alvarenga *et aliii* (Org.). *Entraves à Soberania Popular: Ensaios jurídico-políticos sobre a crise da democracia brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 99-118.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2ª. ed. (2ª tiragem) Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Juiz e o Direito: O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade*. Salvador: Juspodivm, 2016.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. MENDES, Gilmar Ferreira (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MELEU, Marcelino da Silva. *O Papel dos Juízes frente aos desafios do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da Democracia*. NAUMANN, Peter (Trad.) 3ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático – Uma análise crítica das reformas processuais*. (4ª. reimp.). Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça Democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SOUZA, Gelson Amaro de. A Tirania do Judiciário. DIDIER JÚNIOR, Fredie *et aliii* (Coord). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 219-244.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 319.997*. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. DJ: 06/10/2003. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7404775/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-319997-sc-2001-0154045-5/inteiro-teor-13060274?ref=juris-tabs > Acesso: 03. Abr. 2018.

REFLEXÕES SOBRE (DES)LEALDADE CONSTITUCIONAL A PARTIR DA ARQUEOLOGIA DO JURAMENTO DE GIORGIO AGAMBEN E O "PECULIAR COMPROMISSO" DO MINISTRO EDSON FACHIN NO STF

Thiago Aguiar de Pádua[1]

1. INTRODUÇÃO

"*No other question has been discussed so passionately; no other question has caused so much precious blood and so many bitter tears to be shed; no other question has been the object of so much extensive thinking by the most illustrious thinkers from Plato to Kant; and yet, this question is today as unanswered as it ever was*" (Hans Kelsen, What is justice?)

" – Ah! Quem é um hábil guarda é também um hábil ladrão. – Essa é a minha opinião. – Ah! Se o homem justo é hábil no guardar o dinheiro, é hábil também no roubá-lo. – Pelo menos, disse ele, é isso que nosso raciocínio está indicando... – Ah! Como um ladrão, ao que se vê, mostra-se o sábio, e pode bem ser que tenhas aprendido isso de Homero. Ele mostra apreço por Autólico, avô materno de Odisseu, e diz que ele a todos os homens suplantava em roubo e perjúrio. Provavelmente, portanto, a justiça, segundo o que tu, Homero e Simônides dizeis, é uma espécie de arte de roubar que, contudo, tem em vista trazer ajuda aos amigos e causar prejuízo para os inimigos. Não era isso que querias dizer? – Não, por Zeus! Disse. Mas nem sei mais o que eu queria dizer... Minha opinião, porém, continua a sendo que justiça é ajudar os amigos e prejudicar os inimigos." (Platão, A República)

1 Doutorando e Mestre em Direito (UniCEUB). Professor de Direito Civil e Constitucional (UniCEUB e UDF). Pesquisador do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Advogado. E-mail: tsapadua@gmail.com

A análise de atos solenes e expressões advindas do (e sobre o) sistema jurídico são extremamente importantes para a manutenção de uma saudável ambiência de crítica e reflexão na academia. Recorde-se que mesmo uma canção de música Rap, expressão indelével da cultura popular norte-americana, mereceu detida observação por parte da academia daquele país, com a dissecação das 24 linhas, do segundo verso, da letra de "*99 Problems*", do rapper Jay-Z (MASON, 2012).

Não se pretende estabelecer uma hierarquia de importância, que fica a cargo do intérprete, mas não parece adequado que um compromisso prestado por um ministro do Supremo Tribunal Federal não receba a devida atenção da academia brasileira, especialmente quando o referido compromisso foge do comum, devendo-se observar que uma palavra utilizada pela primeira vez (ou de modo diferente) no importante campo do Direito Constitucional, especialmente perante a Suprema Corte "é um evento de presumida significância" (EDITORIAL NOTE, 1969, p. 808-842).

É bem possível, aliás, que tenha sido esta a intenção do então mais novo ministro do STF em 2015: provocar o debate e abrir o espaço para apreciação crítica. Ele mesmo, um eminente e respeitado professor de Direito, certamente poderia estar a buscar um diálogo sobre a questão. Não podemos esquecer a imperdoável negligência de não possuirmos no Brasil uma tradição de análise crítica, sistemática, institucional e periódica da Suprema Corte, como o tipo de análise realizada pelo projeto "*Foreword – Supreme Court Term*", da *Harvard Law Review* (TUSHNET; LYNCH, 1994).

O presente texto tem a finalidade de realizar uma breve abordagem sobre o compromisso (ou juramento, utilizado indistintamente como sinônimo) prestado pelo professor Doutor Luiz Edson Fachin no dia 16 de junho de 2015, ao ser empossado no cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. A peculiaridade da solenidade, revestida de ritos e símbolos, possivelmente transformem o ato em um dos mais importantes eventos constitucionais brasileiros dos últimos 100 anos, em termos comparativos.

Parece que não damos tanto valor no Brasil a muitas questões constitucionalmente importantes, como o significado das piadas e risos no plenário de uma Suprema Corte (WEXLER, 2005, p. 58-61; WEXLER, 2007; MALPHURS, 2011; LIPTAK, 2011), o significado e a origem específica da expressão "*data venia*, [ou respeitosamente], divirjo" (NOTE, 2011; TRIBE, 2013, p. 96-122), o posicionamento ideológico dos juízes em geral, e da Suprema Corte em particular (ARAÚJO, MAGALHÃES, 1998; BORK, 2003; CASPER, 1980; POSNER, EPSTEIN, LANDES, 2012; CAMERON, PARK, 2009), e em saber se está entre os poderes da Suprema Corte escolher entre versões diferentes do texto constitucional, inserindo uma, duas, três ou nenhuma vírgula onde ela possa alterar bastante a interpretação constitucional, que implica na constrangedora pergunta: qual constituição a Suprema Corte está utilizando? (DAVIES, 2008).

E a pergunta imediata seria: que tipo de Constituição tal ou qual juiz jurou proteger, defender ou guardar? E a conexão com o tema ora pesquisado é notória. Indaga-se se seria dado aos futuros ministros do STF, no momento de posse, dizer: "Eu declaro não achar adequado qualquer compromisso", ou "Declaro fielmente exercer os deveres do cargo de acordo com os Princípios de *Game of Thrones [ou de House of Cards]*"?

Seria permitido aos empossandos, futuros ministros do Supremo Tribunal Federal, dizerem: "Declaro que a Constituição não passa de uma folha de papel", para fazer coro à Ferdinand Lassalle (2011)? A discussão certamente seria conduzida sobre o tema da Constituição e a efetividade dos direitos fundamentais, a respeito do qual encontramos a interessante abordagem de Ilton Norberto Robl Filho e Marco Aurélio Marrafon sobre os pensamentos de Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse, Henrique Dussel, Franz Hinkelammert, Doulgas North, Ronald Daniels e Michael Trebilcock. A importante discussão sobre a eficácia da Constituição e da efetividade dos direitos fundamentais, frente a independência judicial que precisa ser acoplada à "*accountability*". (2014, p. 278-297).

Não deve soar estranha a reflexão, com todos os desdobramentos que dela advenham, sobre uma possível declaração unilateral de inconstitucionalidade do compromisso do art. 15 do RISTF, em cujo conteúdo se encontra o "compromisso de lealdade constitucional".

A primeira indagação seria sobre a legitimidade de uma declaração de inconstitucionalidade monocrática no momento mesmo da posse, e, portanto, antes de ser empossado. Uma segunda reflexão seria sobre o conteúdo do compromisso (justiça versus Constituição) e a terceira residiria no *locus* em que se encontra o Compromisso, vale dizer, o RISTF e não na Constituição Federal, muito embora o primeiro juramento de lealdade Constitucional da Constituição de 1988 tenha sido previsto no artigo 1º da ADCT, exigindo lealdade do Presidente da Replica, do Supremo Tribunal Federal e dos Parlamentares.

Há efetivamente um amplo campo de pesquisa e densa discussão, que ainda está para ser elaborada, sobre se as obras escritas por um juiz do STF (I), as declarações que faz perante a sabatina senatorial (II) e o compromisso de posse (III) o obrigam a agir de tal ou qual maneira, ou a reflexão de se saber se há entre um e outro daqueles temas uma relação de preponderância ou superioridade.

Especialmente num contexto de difícil conceituação do STF como instituição. Ainda que aceitássemos o papel de um dos vários cegos que apalpam "esse elefante", ou mesmo se concordássemos sobre o fato de que "revelar e assumir o real papel da Corte é essencial tanto para lealdade e honestidade institucionais" (FEIJÃO, 2014, p. 154-165), seria inevitável ter a percepção de que sua congênere americana, "outro elefante", é vista como "muito política", tal qual à Casa dos Lordes (POSNER, 2014, p. 13), e que a própria Corte Suprema Brasileira já foi criticada por pretender emular o papel de 3ª Câmara do Congresso (BALEEIRO, 1967; AMARAL JÚNIOR, 2006, p. 195).

Daí a importância de saber a que tipo de lealdade um membro de poder está atrelado, especialmente quando observamos com atenção as candentes páginas de "Justiça Política", de Otto Kirchheimer,

apenas para citar um exemplo de minuciosa narrativa histórica sobre quem se volta, em algum momento, a realizar um tipo especial de justiça: a justiça política, que na descrição do autor está destinado a ser um eterno atalho "necessário e grotesco, benéfico e monstruoso, mas de todo modo, um atalho" (1968, p. 472).

Notável é a imagem da Princesa Isabel jurando a Constituição, figura retratada à Óleo, por Victor Meirelles de Lima, no Museu Imperial de Petrópolis, imagem esta que estampa a capa do livro "Oito anos de parlamento", de Afonso Celso (1860-1938), que traz, além de muitas outras memórias, a narrativa da última sessão da Câmara durante a Monarquia. Símbolo (juramento constitucional) e pensamento (a última sessão) estão conectados (AFONSO CELSO, 1998).

Sobre o significado de compromisso ou juramento de lealdade à Constituição, o documento intitulado "*Juramento de la Constitucion*", elaborado por Rodolfo Rivarola para apresentação, em 1932, perante a "*Associación Nacional del Professorado*", coloca o ato em termos de uma "consciência cívica do sacerdócio laico", que seriam a escola, o colégio nacional, a escola normal, o ensino superior e um juramento de fidelidade à Constituição Nacional" (RIVAROLA, 1932).

Notável também a profunda pesquisa de Esther Hernandes sobre a classificação, o sentido e alcance do "juramento de lealdade à Constituição" que busca sistematizar os mais diferentes tipos de juramentos de lealdade institucional existentes, ante a confusão geral reinante, partindo inicialmente das importâncias do juramento nos campos religioso, político e jurídico, estabelecendo diferentes classificações e tipos de juramento. Em um primeiro momento estabelece os juramentos em: 1) assertórios, 2) decisórios, 3) "indecisórios" ou judicial (HERNANDÉZ, 2004, p. 185-242)

O primeiro, juramento assertório, deve ser entendido como aquele em que se afirma a verdade de algo presente ou passado. Já o juramento decisório seria aquele que uma parte exige de outra em juízo ou fora dele, obrigando-se a entregar o que se deve por meio

– ou através–do juramento. Por sua vez, o juramento "indecisório" é aquele cujas afirmações somente são aceitas como decisivas enquanto prejudicam aquele que jura. E por fim, o juramento judicial, que é aquele que o juiz recolhe de ofício ou por iniciativa da parte em juízo (HERNANDÉZ, 2004, p. 189-190).

Realiza-se uma distinção de tratamento das classificações e importância dos juramentos nas várias disciplinas do direito, como por exemplo o direito penal, direito civil, processual e constitucional, para observar que dentre todas as disciplinas, aquela em que o juramento [ou compromisso] é mais importante seguramente é no Direito Constitucional, pois se relaciona com a vida política do ordenamento, e a caracterização da importância está presente na valoração de variados elementos como a natureza dos sujeitos que devem prestá-lo, a atividade a que são chamados a desenvolver e sobretudo as próprias razões pelas quais se requer o juramento (HERNANDÉZ, 2004, p. 191).

Não se pode esquecer que há nos compromissos de lealdade um componente ideológico inescapável, e muitas vezes na história os juramentos foram exigidos como forma de acirrar tensões de combate ideológico, e de perseguição de um inimigo eleito, como ocorreu nos Estados Unidos no combate ao comunismo, antes, durante e depois do McCarthyismo (ETZIONY, 1966, p. 7-11; BOLIN, 2009).

No presente caso (juramento do Ministro Edson Fachin), ante a antiga fórmula de prometer cumprir a Constituição e as Leis da República, mudou-se o verbo (e o tempo verbal), para declarar compromisso com a justiça. Revive-se antigo dilema jurídico, presente desde as urdiduras teatrais, na clássica narrativa de Antígona, até os relativamente recentes desdobramentos sobre os julgamentos do Tribunal de Nuremberg: cumprir a lei ou se afastar dela em busca de uma idealizada justiça.

A literatura inglesa, através da inigualável pena de William Shakespeare, em peça provavelmente datada de 1596, também nos apresenta marcante e notável obra relativa a solenidades e juramentos

(YOSHINO, 2014, p. 33-64; HELIODORA, 2014, p. 117-124), com a narrativa de "O Mercador de Veneza" (2002), obra tantas vezes traduzida, inclusive pelo Rei de Portugal, em 1889, Dom Luiz de Bragança, as vésperas do trágico regicídio português (AZEVEDO GRAÇA, 1995, p. 179-193)[2] e da trágica transição para a república em 1908.

No entanto, é ingênuo pensar que o simples desapego à "letra da lei" represente um elemento de justiça, pois não se pode esquecer o fundamento utilizado por Carl Schmitt em "O Führer protege o Direito", falando sobre a advertência de Adolf Hitler acerca do exemplo que deveria servir à observação de uma "oposição entre um direito substancial, não separado da eticidade e justiça e a legalidade vazia de uma neutralidade inautêntica" (MACEDO JR., p. 177).

Igualmente não se pode olvidar que "no período nazista, os juízes alemães rejeitavam o formalismo", pois desconfiavam do significado ordinário ou original de textos positivos, vale dizer, eles imaginavam que as leis deveriam ser interpretadas em conformidade com o espírito reinante na época, definido com base no regime, e acreditavam que os tribunais somente poderiam realizar suas tarefas, "somente se não permanecessem colados à letra da lei" (SUNSTEIN, 1999).

Não obstante, permanece também inquietante a observação de que a defesa do formalismo, a título de segurança, também acaba caindo na armadilha da formalização pura, que pode se transformar em critério legitimador, e vir a levar a aceitação de todo e qualquer direito formalizado, "desde que convenientemente legislado", com a ácida observação de que "a teoria, chamada pura, do direito, deu a isto a máxima expressão lógica no mecanismo formal de derivações", garantida somente pela força, mas "é inegável que para transformar essa teoria, de pura em prostituída, não precisa sequer o mau passo" (LYRA FILHO, 1972, p. 78).

Tanto a lei formal (lato senso considerada) quanto a busca por

2 Filho do Rei Dom Luiz I (1838-1889), o Rei Carlos I de Portugal (1863-1908) foi assassinado junto com o príncipe herdeiro por insurgentes republicanos. Cfr. AZEVEDO GRAÇA, 1995, p. 179-193.

sua superação podem servir para o implemento de regimes de exceção. Também à busca por ideais supremos de justiça estão ligados a barbáries decorrentes da saturação referentes a regimes legais estabelecidos. Veja-se por exemplo os Tribunais Cangurus, os Tribunais Populares, Linchamentos e Grupos de Extermínio, que agem à margem de normas positivadas preestabelecidas.

Apenas para uma reflexão sobre este último ponto, a discussão entre Michel Foucault e militantes maoístas sobre a justiça popular, na indagação inicial que coloca em dúvida a pertinência de um tribunal, que ao invés de ser uma forma de "justiça popular" seria, ao inverso, a sua deformação, na afirmação de que o tribunal não seria a expressão natural da justiça popular, pois teria a funcionalidade histórica de reduzi-la, sufoca-la, dominá-la, reinscrevendo-a nas entranhas de instituições inerentes ao aparelho estatal (FOUCAULT, 2006, p. 39-40).

Esta discussão se reveste de importância constitucional inequívoca no momento em que pairam dúvidas se houve, no compromisso de posse de um ministro, a pretensão de colocar em situação de oposição e contraditoriedade um documento escrito (a Constituição) e um elemento metafísico de importância gigantesca e ausência de consenso mínimo (a Justiça).

A este propósito, o texto de Oscar Vilhena Vieira sobre "A Constituição como reserva de justiça" (1997) bem como as discussões em torno da "fórmula de Radbruch" (BIX, 2006; RODRIGUES JR, 2012; GODOY, 2014), que nos obrigam a pensar nas possibilidades de um juiz da Suprema Corte criar uma "constituição alternativa", sozinho e de maneira solipsista (a hipérbole é proposital), em razão de considerar a Constituição como "injusta".

Aliás, em artigo escrito em 1986, o jurista de saudosa memória José Guilherme Villela escrevera impressionante artigo sobre o Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal, dando conta de antiga polêmica que rondava aquele Tribunal, se ele era, ou não, um Tribunal de Justiça:

> "Neste ponto, cabe referir que os leigos não raro ficam apreensivos ou alarmados quando ouvem nas sessões da Corte ou leem nos seus acórdãos que a injustiça que reconhecem existir na decisão estadual recorrida não justifica a revisão extraordinária, onde não se reaprecia a matéria de fato ou de prova, mesmo que o tribunal local não a tenha examinado com a desejável correção. Já se acentuou até, com proposital exagero, que a Alta Corte não é Tribunal de Justiça, tanto que esse vocábulo não consta ao menos de seu nome, que é Supremo Tribunal Federal, para indicar sua típica função federativa de defender a Constituição e o direito da União.
>
> Se assim deve ser por efeito da finalidade teórica da instituição, não posso deixar de lembrar que, na prática, não é incomum que os Juízes do Supremo se deixem sensibilizar pelo ideal de justiça no caso concreto e, relegando a fria ortodoxia do recurso extraordinário, muitas vezes revejam decisões locais, diante da evidência do erro enorme ou de manifesta injustiça. **Nesses casos, costuma calar-se o jurista para falar o juiz: sem repelir pacíficas regras técnicas do julgamento extraordinário, a Corte às vezes se inclina pela necessidade de rejulgar a causa decidida erroneamente, empregando nessa operação algum arbítrio que a posição de Tribunal de cúpula não deixa favorecer.** É claro que isso não ocorre com frequência, mas o observador atento da atividade judicante não teria grande dificuldade em apontar numerosos exemplos em que se consentiu na solução processualmente heterodoxa para se atingir o superior ideal de justiça." (Original sem destaque) (VILLELA, 1986, p. 239)

Conforme observado, há um componente de arbitrariedade inerente a violação da constituição a pretexto de justiça. Elemento que invoca reflexões por parte da academia. O presente texto, em um primeiro momento, buscando dialogar com o pensamento de Giorgio Agamben, na sua obra "O sacramento da linguagem", na notável arqueologia sobre o juramento, reflete sobre alguns aspectos do juramento (AGAMBEN, 2011a; AGAMBEN, 2011b), para depois, então, refletirmos sobre o compromisso do ministro Edson Fachin.

Num segundo momento, busca-se inventariar a presença do compromisso na tradição constitucional brasileira, realizando

levantamento de sua presença nos poderes legislativo, executivo e judiciário (especialmente o STF), nas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, EC nº 1/69 e 1988, bem como nas funções essenciais à justiça.

Utiliza-se aqui o instrumental metodológico da etnografia constitucional, concebendo-se aqui, inicialmente, a etnografia como o método de pesquisa representativo de um grupo de regras não dotadas de formulação prescritiva, com sensibilidade relativa ao dado empírico, cujo princípio básico consiste em transformar aquilo que seria considerado uma experiência subjetiva em um dado objetivo, sendo um método utilizado pelos antropólogos desde Malinowski (original de 1922), com vistas a coletar informações em sociedades radicalmente distintas da sociedade de tipo ocidental (ABREU, 2013 p. 12-14).

Referido ferramental seria mais facilmente imaginável no exemplo dado por Roberto Cardoso de Oliveira, sobre um antropólogo que inicia sua pesquisa junto a um específico grupo indígena, entrando numa "maloca" (moradia de uma ou mais de uma dezena de indivíduos), (2000, p. 19), sem saber a língua daquele grupo, e que passasse ali um prolongado período coletando informações.

No caso da presente análise, além de tratarmos de uma "etnografia" dita "constitucional", tal como esboçada por Kim Lane Scheppele (2004), há a peculiaridade de tratar-se de análise de cerimônia que costuma durar pouco mais de 15 minutos, e acontece em períodos bastante espaçados de tempo, bastante observar que nos últimos 27 anos ocorreram 26 posses com lapso temporal cada vez maior entre elas: 1989 [3], 1990 [2], 1991, 1992, 1994, 1997, 2000, 2002, 2003 [3], 2004, 2006 [2], 2007, 2009, 2011 [2], 2012, 2013, 2015 e 2017.

Neste sentido, nossa atenção será toda ela voltada para a análise exaustiva da posse do ministro Fachin, ocorrida em 2015, rememorando-a com vistas a ressaltar seus detalhes, seus ditos e não ditos, gestuais, expressões, tom de voz, olhares e demais perspectivas fáticas.

Conforme observado por Luiz Eduardo de Lacerda Abreu

(2013, p16), a ideia de refletir sobre as instituições através do método etnográfico não é novidade, mencionando-se o livro "Como as instituições pensam", de Mary Douglas (2007), ou mais detidamente preocupada com uma específica "etnografia constitucional", o pensamento de Kim Lane Scheppele (2004).

Para esta última autora, à medida que aumentam os interesses por alguns dilemas constitucionais (e consequentemente por seu estudo), mais atraente se torna o uso da chamada "etnografia constitucional". Esta não está especificamente preocupada com o *design* constitucional, nem com a efetividade de específicas instituições. Antes, volta-se para a análise da lógica de contextos específicos, buscando compreender as inter-relações entre os elementos políticos, históricos, legais, econômicos, culturais e sociais, objetivando compreender melhor como operam os sistemas constitucionais, identificando os elementos propiciadores da "governabilidade", bem como as suas estratégias de "tentativa", experimentação", "resistência" e "revisão" (SCHEPPELE, 2004, p. 390).

Neste sentido, a etnografia constitucional considera a densidade do contexto histórico e cultural, vale dizer, se por um lado um determinado comando constitucional possui linhas diferentes e não generalizadas, cada um dos contextos constitucionais possuem uma determinada lógica que conectam características específicas localizáveis em casos particulares a determinados padrões, cujos traços podem também estar visíveis em qualquer lugar com distintas manifestações específicas (SCHEPPELE, 2004, p. 390).

A etnografia constitucional é, de variadas maneiras, uma tentativa, ao mesmo tempo literal e conceitual de traduzir conceitos de lugares, períodos e questões de pesquisa através da observação dos detalhes (SCHEPPELE, 2004, p. 392), ao tempo em que também se busca através da etnografia constitucional a recuperação de tradições perdidas, quando construções teóricas eram intimamente vinculadas a investigações comparativas, históricas e legais (SCHEPPELE, 2004, p. 393).

Tais observações sobre a etnografia constitucional ligam-se mais a uma aproximação negativa sobre o que a etnografia constitucional não é, vale dizer, ela não é uma simples análise constitucional multivariada, com mais (ou tão somente) estudos de nacionalismo constitucional (SCHEPPELE, 2004, p. 394).

Toma-se, neste sentido, por definição de etnografia constitucional, por mais inadequadas que possam parecer simples definições, como sendo o estudo ou pesquisa dos elementos centrais presentes na política, utilizando-se dos métodos capazes de reconstruir os vívidos detalhamentos do panorama político-legal, ou mais especificamente, a parte "constitucional" da etnografia constitucional busca identificar o complexo de relações entre a política e o direito que regulam a governança (SCHEPPELE, 2004, p. 395).

Trata-se de uma análise empírica sobre o estudo da posse de um ministro do STF. Poderia ser realizada uma mera revisão bibliográfica e de história legislativa ou de legística. Mas não foi esse o caminho que optamos. A análise da experiência de assistir à cerimônia de posse, ao vivo pela TV Justiça (e depois reprisada novamente, várias e várias vezes o arquivo gravado e disponível na rede mundial de computadores), e fazer disso um objeto de estudo, traz em si a possibilidade de explorar os mecanismos do trabalho antropológico: "olhar, ouvir e escrever", usando as muletas do ouvir e do olhar, na feliz metáfora utilizada por Roberto Cardoso de Oliveira (2000, p. 20-21).

Neste sentido, o "detalhe" sobre o juramento do ministro Luiz Edson Fachin será rememorado, com ampla descrição e abordagem das minúcias, com vistas a tentar permitir alguma reflexão sobre ele, e ainda, permitir futuras possibilidades de investigação por parte de outros pesquisadores para saber se a lealdade constitucional possui alguma importância para os julgamentos nos quais tomem parte o referido ministro.

Buscar-se-á refletir sobre o ato (o que deveria ter dito, e o que efetivamente foi dito). No ato de posse o ministro Edson Fachin disse

as seguintes palavras: "**Declaro, bem fielmente cumprir os deveres do encargo e da justiça**". Nos termos do art. 15 do RISTF, o compromisso deveria ter sido: "**Prometo bem e fielmente cumprir os deveres do cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a Constituição e as leis da República**".

Na sabatina, dias antes da posse, no entanto, Edson Fachin disse no seu longo e emocionado discurso de apresentação, na sabatina, que se encontrava em sua trajetória, firme nas suas "convicções democráticas e na defesa das instituições", repetiu ainda que se fosse aprovado na sabatina, "**assumir a honrosa condição de integrante do colegiado guardião da Constituição da República**". Complementou alegando que expressava de saída seu "**compromisso garantista nos termos da Constituição, com os valores da família, com os direitos fundamentais, a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade**".

Observou ainda que sua formação cristã e democrática sempre lhe pautaram as ações, e sempre que "verteu a palavra em ação", buscou todas as vezes se guiar "**pela ética, pela coesão, pela ordem jurídica e pela justiça**", apresentando-se com "**a alma franca que sabe a distinção entre o exercício da cidadania e a impar função de magistrado**", e quando foi chamado a tomar decisões, disse: "**almejei ter estatura acima de minhas eventuais convicções**".

Explicando sua origem e sua vinculação emocional com os temas da terra, observou que nasceu no seio de uma família de produtores rurais e pecuaristas, donde brotou em si "a **sensibilidade pela força do campo, pela conquista que é ter a terra produzindo riquezas, seja grande, pequena ou média propriedade, e as vicissitudes da lavoura**", frisando: "**emoções essas, que reconheço, se superlativaram em determinado período da minha vida, quando expressei irresignação contra a falta de oportunidade contra quem quer e pode**, **dentro da lei**, produzir." E retoma o tema: "**E repito, dentro da lei**, pois sempre fui e sou contra qualquer forma de violência".

Sobre seu aprendizado enquanto jurista, mencionou que o legado que o traz ao presente o "f[e]z defensor das instituições republicanas e da democracia, do devido processo legal e das garantias no processo penal, da **supremacia do ordenamento jurídico constitucional**, da força vinculante da **Constituição Federal e da segurança jurídica**", dizendo que compreende o direito "como sistema e unidade, partindo do núcleo do direito civil, o mesmo *locus* donde partiu o ilustre ministro Moreira Alves".

Parafraseou Max Weber para dizer que se encontrava "**sob a ética da responsabilidade, e não sob a ética da convicção**". Renovou seu compromisso, se aprovado fosse, "com o *munus* de julgar com independência, imparcialidade, retidão", tendo "como inafastável a obediência à ordem democrática, a legalidade constitucional, a garantia dos direitos individuais, a interdependência dos poderes do Estado", mencionando a importância da "**autocontenção do judiciário**".

Ressaltou que todos aprenderam com o século XX: "**foi a democracia a visão de mundo vitoriosa, paixões e ideologias cederam ao constitucionalismo democrático e ao respeito às regras do jogo**", para logo em seguida dizer que o julgador deve ser imparcial, pois nele repousam as garantias da segurança e da juridicidade, e "**o judiciário, embora das aspirações da sociedade não deva descurar, deve trabalhar com a lógica do Direito, e a democracia, neste sentido, significa primazia do parlamento**".

Sustentou ainda a importância no Brasil, da previsibilidade e da coerência, "que reclama o exercício de competências que conciliem a unidade do sistema jurídico: o julgador não pode, nem deve substituir o legislador, e opções pessoais de sentido, sobre fatos da vida, não retiram a ética da confiança no direito positivado, na estabilidade do entendimento jurisdicionais, e a fundamentação racional das decisões".

Sobre a necessidade de evitarem-se surpresas, observou que aprendeu a importância da dogmática jurídica, da "confiança na jurisdição com julgamentos sólidos, sem surpresa. A segurança jurídica

é imprescindível para o desenvolvimento pessoal, social e econômico nos contratos, nas propriedades, e nas relações de família"

E asseverou ainda:

> "E a completa relevância da Constituição se expressa, por exemplo, na reiterada ênfase aos direitos fundamentais. É a Constituição a letra imperativa da conduta do juiz, no que acredito não há espaço para arbitrariedade, no que acredito há delimitação do papel do juiz, no que acredito a previsibilidade para os cidadãos, e tranquilidade do ambiente de circulação de bens e dos negócios".

Finalizou o pronunciamento inicial na sabatina, primeiro, citando o Papa Francisco, "o Santo Papa", e depois citando Norberto Bobbio, o famoso jurista e político italiano: "**para quem a democracia, antes de tudo, diz respeito às regras do jogo, respeitar e fazer respeitar as regras do jogo, respeitar a Constituição e as leis do país é a missão de todo magistrado dessa nação. Esse é o compromisso que aqui estou para assumir, caso esta casa me conceda a honraria de confirmar a indicação**".

Neste sentido, entre a Sabatina e a posse houve uma grande diferença. Nesta última não se compromissou expressamente com a Constituição, e trouxe surpresa a todos, não se respeitando às regras do jogo. A propósito deste último ato, reconstrói-se a cerimônia de posse a partir do registro visual dos quinze minutos e vinte e sete segundos de sua duração, numa análise cenográfica mediada pela interpretação autoral, buscando ressaltar cada um dos detalhes do plenário do Supremo Tribunal Federal, com vistas a implementar interpretação através do mecanismo metodológico da etnografia constitucional.

Surgem questionamentos que parecem invocar, primeiro, debate na academia, e depois respostas por parte do próprio ministro Edson Fachin, sobre se ele deliberadamente buscou um compromisso alternativo? Ou teria sido um improviso decorrente da emoção, no importante momento de posse? O STF seria ordinariamente um Tribunal de Justiça e não um Tribunal da Constituição?

Ingressa-se no interessante campo do sentido e das simbologias

dos compromissos oficiais. São várias as perguntas e seus desdobramentos: 1) o nomeado que não presta o compromisso expresso e específico do art. 15 do RISTF, deveria ser legitimamente considerado um ministro do STF? 2) fazendo um compromisso alternativo, fruto do ideário do próprio compromissado, abre-se um nicho de análise amplo que nos leva a observar os verbos ("eu declaro"; e "eu prometo"), bem como o tempo verbal, e a simbologia do compromisso.

Neste sentido, se a intenção foi a de quebrar uma tradição, pura e simplesmente, (e a simbologia nela representada), além de todos os outros desdobramentos, fazer isso usando trajes do século XIX, com punhos de renda de seda não soaria contraditório, pois além dos trajes antigos, a cerimonia impõe também a tradição de se sentar na última cadeira, do lado esquerdo do presidente na bancada, uma tradição datada de 1889.

2. A IMPORTÂNCIA DOS JURAMENTOS

No presente item refletiremos sobre a importância do compromisso constitucional do STF, aceitando-o (tal como previsto no RISTF), como um juramento de lealdade à Constituição Federal. Iniciaremos por rememorar a posse do ministro Edson Fachin, buscando ressaltar os detalhes vivos da cerimônia.

Após, realizaremos uma incursão no pensamento de Giorgio Agamben sobre o sacramento da linguagem e a arqueologia do juramento, com vistas a buscar compreender a importância dos atos de compromisso. No momento subsequente, buscaremos inventariar a presença dos atos de compromisso de lealdade constitucional na história brasileira.

E por fim, nas considerações finais, após termos realizado todo esse itinerário, buscaremos articular algumas reflexões em busca da ampliação do diálogo, de modo a evidenciar o sentido do advento desta importante questão Constitucional.

2.1. A POSSE DO MINISTRO EDSON FACHIN NO STF

Luiz Edson Fachin foi indicado pela Presidente da República, Dilma Rousseff, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal no dia 14 de maio de 2015. Após a indicação, o indicado ainda precisava ser "sabatinado" pelo Senado Federal para que pudesse ser nomeado e posteriormente empossado, fatos que aconteceriam respectivamente nos dias 12 de maio na CCJ do Senado (e votação pelo plenário do Senado em 25 de maio), para a posse em16 de junho, no STF.

Esse período de 34 dias entre a data de indicação, sabatina, nomeação e posse foram dos mais turbulentos, a começar pela massiva campanha (a favor e contra a indicação), com reportagens diárias abordando a indicação. Também a Sabatina, perante o Senado, foi a mais longa até então já vista: pouco mais de 12 horas de duração (prevista para iniciar-se às 9:00hrs, começou pouco depois das 10hrs e terminou às 22:40hrs). Certamente um evento histórico que precisa ser bastante refletido e analisado pela sociedade e pela academia de um modo geral.

No presente artigo importa-nos reconstruir e rememorar a posse, transformando em narrativa escrita um evento real. Foi uma posse relativamente rápida. Designada para às 16:00 do dia 16 de maio de 2015, no plenário do Supremo Tribunal Federal, começou com atraso de poucos minutos (16:16), tendo a duração de 15 minutos e 26 segundos.

Do lado de fora do plenário, no momento da posse, pessoas realizado protesto, com buzinas e gritos de ordem por aumento salarial e melhores condições de trabalho. Do lado de dentro, inicia-se a cerimônia com as breves palavras do Presidente do Tribunal, Ricardo Lewandowski, que diz: "boa tarde a todos, vamos sentar por gentileza". E prossegue, já com todos sentados: "Eu declaro aberta a sessão solene destinada a posse de sua excelência, o senhor professor Doutor Luiz Edson Fachin no cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal."

Na sequência, o Presidente convida os presentes para, "em posição de respeito, ouvirem o Hino Nacional, executado pela banda dos Fuzileiros Navais, sob o comando do maestro Suboficial Marcos

Antônio Cassiano Paulino".

Tudo em 54 segundos, e logo todos estão de pé, em posição de respeito, para ouvir a execução do Hino. Atrás do Presidente, na parede do Plenário, a flâmula nacional, o brasão das armas da república e um crucifixo. Ao lado do presidente, do seu lado direito, o Senador Renan Calheiros, presidente do Senado Federal, e Rodrigo Janot, o Procurador-Geral da República. Do lado esquerdo, o Michel Temer, Vice-Presidente da República, e Eduardo Cunha, Presidente da Câmara dos Deputados, e Marcus Vinícius, Presidente da OAB.

Poucos metros ao lado, uma mulher executando a tradução do Hino para a Linguagem Brasileira de Sinais, e sua imagem é projetada num pequeno quadrante do lado direito da imagem televisiva na transmissão da sessão pela TV Justiça. A execução do Hino dura pouco mais de 3 minutos, e ao encerrar-se a sua execução o Presidente do Tribunal pede educadamente para que todos se sentem.

E prossegue: "Eu peço ao senhor mestre de cerimônias que faça o anúncio das autoridades e personalidades presentes". E uma voz ao microfone começa a anunciar, dizendo que anuncia a presença de Suas Excelências, as autoridades dos três poderes, e as funções essenciais à justiça, reitores, jornalistas e servidores.

A solenidade prossegue, já aos 7 minutos com o convite do Presidente do Tribunal para que o juiz mais antigo da Corte (o decano), o ministro Celso de Mello, e o magistrado mais moderno, o ministro Roberto Barroso, "para conduzirem o empossando ao plenário. Assim é feito, e saem do plenário em posição de antiguidade, com o ministro mais moderno, ficando momentaneamente vagas a primeira cadeira à direita da bancada, e mais perto do presidente, e a cadeira mais longe, na extremidade à esquerda.

Ao regressarem ao plenário, alguns segundos depois, já acompanhados do ministro Edson Fachin, são recebidos com palmas, aplaudidos de pé por todos. Conduzem o empossando para um palanque afastado poucos metros ao lado, seguido das palavras do

Presidente do Tribunal, que diz: "Eu convido, portanto, podemos permanecer de pé, convido Sua Excelência, o professor Doutor Luiz Edson Fachin a prestar o compromisso de posse no cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Um fotógrafo corre pelo centro do plenário, quase agachado, para não atrapalhar as imagens transmitidas ao vivo e em cores pela TV Justiça, enquanto busca ele mesmo o melhor ângulo para fotografar o solene momento de compromisso, e ele se joelha e aponta sua câmera fotográfica, já no limite, do lado interno da bancada do plenário.

A imagem entre os ministros e autoridades presentes, focaliza o empossando, que deixa cair alguma coisa no chão, mas logo se agacha para apanhar o que deixara cair, levantando-se um segundo depois, justamente no momento em que uma das funcionárias do cerimonial se aproxima do empossando portando um livro. Ela pronuncia algo em voz propositalmente baixa, olhando para o empossando, mas o áudio escapa e é transmitido, ainda que baixo.

Ela repete duas vezes ao empossando o teor do compromisso que ele deveria prestar, o mesmo do art. 15 do RISTF. Repete olhando nos olhos do empossando, para se afastar alguns segundos depois. Neste momento o empossando assume o púlpito e profere as seguintes palavras, em voz pausada e serena: "**Declaro, bem fielmente, cumprir os deveres do encargo e da justiça**".

Alguns segundos de silêncio, e todos aplaudem, notavelmente o áudio das palmas é mais tímido do que quando foram ouvidas anteriormente. Há uma fileira de cadeiras atrás da bancada do plenário do Supremo, local em que se encontram muitos ministros aposentados do Supremo. Claramente é possível observar a grande maioria se olhando, provavelmente incrédulos. O mesmo acontece com alguns ministros na bancada. É possível também notar os ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Teori Zavascki olhando para o Presidente.

Já se chaga aos 10 minutos de cerimonia, e antes do final das palmas o Presidente do Tribunal pede gentilmente para que todos se

sentem, e prossegue: "Eu peço ao senhor Diretor Geral para que leia o termo de posse", o que é feito na sequência, mas a leitura do termo difere das palavras pronunciadas, como se o empossando houvesse dito que se compromete de: "**bem e fielmente cumprir os deveres do cargo, em conformidade com a Constituição e as leis da República**". Na imagem, neste exato momento, é possível observar um sorriso discreto externado pelo ministro Roberto Barroso, logo atrás do Diretor Geral, e ao lado do empossando.

Terminada a leitura do termo de posse, o presidente do Tribunal então diz: "Eu declaro empossado no cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, Sua Excelência, o Senhor Ministro Luiz Edson Fachin", ao som de novas palmas. Neste momento o Ministro, radiante e cumprimentando com quatro acenos, com a cabeça, agradece às palmas.

Na sequência, assinam o termo de posse, primeiro o Presidente da Corte e depois o novo ministro, que é convidado a "ocupar o seu lugar na bancada". O novo ministro não se dirige imediatamente ao seu lugar pois ainda está terminando de assinar o termo de posse, sendo possível verificar que assinou o termo sem realizar ressalva alguma.

Dirige-se então, aos 12 minutos e 35 segundos para seu novo lugar na bancada. No trajeto, entre o púlpito localizado ao lado do Presidente da Corte e o seu novo lugar, cumprimenta os ministros aposentados, recebendo um abraço do ministro Celso de Mello e depois um abraço do ministro Roberto Barroso. Novas palmas são ouvidas. O Presidente se dirige até o novo ministro e também o abraça. Antes de sentar em seu lugar na bancada, o novo ministro entrega um objeto a uma moça do cerimonial para que ela entregue a terceira pessoa. Provavelmente uma caneta.

São pronunciadas algumas poucas palavras pelo Presidente da Corte: "Excelentíssimas autoridades, dignas personalidades presentes, minhas senhoras e meus senhores", afirmando que as posses do poder judiciário em particular em geral, e do Supremo Tribunal em particular, "caracterizam-se pela singeleza e pela extrema parcimônia".

E prossegue: "cabe-me, como presidente do Supremo Tribunal Federal, dar as boas-vindas a Vossa Excelência, ministro Edson Fachin, e manifestar o júbilo de meus pares, por ter, nos quadros desta suprema corte, um magistrado com as suas qualificações profissionais e acadêmicas", desejando boas vindas e felicidade nos trabalhos que terá no novo ministro pela frente.

Encerrou agradecendo a presença dos presentes, observando que "cumprindo a finalidade do ato, declaro encerrada essa sessão solene", pedindo para que todos permanecessem nos seus lugares até a retirada dos membros da corte, das demais autoridades presentes e dos familiares do empossado para o salão branco, onde o ministro Edson Fachin receberia os cumprimentos de todos. Novas palmas são ouvidas.

Com efeito, buscaremos sequencialmente refletir sobre o pensamento de Giorgio Agamben acerca da arqueologia do juramento, para logo em seguida realizar um breve inventário da tradição do juramento em sistema constitucional brasileiro, com vistas a finalizar as considerações finais sobre uma reflexão sobre o compromisso de posse do Ministro Edson Fachin no STF.

2.2. ARQUEOLOGIA DO JURAMENTO EM GIORGIO AGAMBEN

O filósofo Giorgio Agamben realizou densa pesquisa sobre o significado do juramento na sociedade. Devemos observar antes de mais nada as duas epígrafes utilizadas na referida obra, antes de tratar do assunto propriamente dito. Um fragmento de Hermann Usener e outro de Immanuel Kant.

O primeiro tem destacada a reflexão de que "a respeito desses processos, nenhuma testemunha nos informa, a nossa consciência não nos fornece pretexto algum. Resta-nos apenas um documento, tão mudo para o ignorante, quão eloquente para o erudito: a linguagem". Do segundo ressalta-se que "o esquematismo dos conceitos do intelecto é ... um instante no qual metafísica e física juntam as suas margens *Styx interfusa*". Agamben retorna a esta parte exatamente na última

parte de seu denso livro, com bastante destreza intelectual na sua jornada para compreender (e explicitar) a importância dos juramentos.

De fato, são representativos da tônica realizada na reflexão, que atribui a linguagem e as percepções do mundo um papel mais do que significativo para a nossa própria existência. Inicia realizando uma contundente crítica sobre uma das obras mais importantes sobre a temática (Paolo Prodi, '*Il sacramento del potere*"), atribuindo-lhe a deficiência de não problematizar adequadamente o que se propõe a investigar, justamente o núcleo central de seu pensamento (AGAMBEN, 2011a, p. 9).

E realiza a observação de que seria problemático observar o juramento a partir apenas de um ponto de vista disciplinar, pois "quando um fenômeno ou um instituto se põe no cruzamento entre territórios e disciplinas diferentes, nenhuma delas pode reivindicar integralmente o juramente como seu", observando-se sobre esse tema uma complexidade que não costuma ser encontrada. O autor procura realizar uma arqueologia filosófica do juramento, trazendo à lume muitas questões que reputa importantes, como 1) o que é o juramento? 2) o que está implicado no juramento, e se ele define e põe em questão o próprio homem como "animal político"? 3) indagando-se que se o juramento for o sacramento do poder político, quais teriam sido as causas (histórica e estruturalmente) para que ele fosse investido de tal função? Questiona-se em qual plano antropológico estaria implicada a posição do homem? (AGAMBEN, 2011a, p. 10).

Ressalta que a funcionalidade essencial do juramento "na constituição política" encontra-se na passagem de Licurgo, que menciona que ele, o juramento, seria o elemento mantenedor da unidade da democracia, que poderia ser complementado por passagem do filósofo Hiérocles, que reforça a centralidade do juramento, transformado em princípio complementar da lei, destacando-se a importância da função verbal nos juramentos de que cuida, que nos exemplos por ele utilizados não cria nada, vale dizer, apenas mantém unidos (*synechó*) e conserva (*diatéreó*) uma criação prévia oriunda da lei, dos cidadãos

ou do legislador (AGAMBEN, 2011a, p. 11).

Semelhante função estaria presente no texto fundamental legado pela cultura romana, "*De officiis*", de Cícero, observando-se, através deste texto, que no sacramento importa a compressão menos do medo por ele gerado do que sua carga eficacial, devendo estar em primeiro plano a definição etimológica da "**fides**" (por fazer aquilo que é dito chama-se fé), sendo a mesma perspectiva com a qual é tratada a expressão do juramento na Grécia antiga, a partir da observação de texto de Émile Benveniste, sendo considerado o juramento uma modalidade específica de asserção, garantidora, apoiadora e demonstrativa, somente existindo em razão daquilo que reforça e torna solene (empenho, declaração ou pacto). Ou seja, o juramento não tem a ver com o enunciado, enquanto tal, e sim com a "garantia de sua eficácia", não estando em jogo sua função cognitiva ou semiótica em termos linguísticos, e sim a "garantia da sua veracidade e da sua realização" (AGAMBEN, 2011a, p. 12).

Parte-se da observação de que fontes e estudiosos concordam na afirmação de que o juramento (nas mais variadas formas) possui a função precípua de ser garantidora da verdade e da eficácia da linguagem, e os "homens, em sua infidelidade, buscam o juramento para obter confiança", e esta função se mostra tão necessária para a sociedade humana que, muito embora se observe a proibição de qualquer forma de juramento nos Evangelhos (cfr. Mt 5, 33-37 e Tg. 5, 12), ele ainda assim foi acolhido e também codificado pela igreja, e transformado também em parte fundante e essencial do ordenamento jurídico, passando a ser legitimado e com a sua extensão para o direito e para as práticas do universo cristão (AGAMBEN, 2011a, p. 12).

Giorgio Agamben busca ressaltar, a partir da obra "De jure naturae et gentium", de Samuel Pufendorf (1672), que a tradição jurídica europeia tendeu a ser inerente ao juramento a crença na capacidade de confirmar e garantir, não só os pactos e acordos entre os homens, mas também "a própria linguagem", razão de ser da

necessidade e da legitimidade do juramento", e neste sentido, o juramento aparece como um ato linguístico destinado a confirmação de uma proposição significante (um *dictum*), "garantindo sua verdade ou efetividade", e é a partir desta definição que se diferencia o juramento de seu próprio conteúdo semântico, e que torna necessária a verificação sobre sua "correção e implicações" (AGAMBEN, 2011a, p. 13).

Há também discussão sobre a existência de flagelos, a partir da epopeia dos Indo-Europeus, e que colocavam em risco as funções dos sacerdotes, guerreiros e agricultores, modernamente: religião, guerra e economia, sendo apresentado como flagelo inicial "a dissolução dos contratos orais", com a "renegação e o desconhecimento das obrigações assumidas", mas são resgatados textos que mencionam que não seriam os juramentos a maneira de se fugir de tais flagelos (AGAMBEN, 2011a, p. 14), observando-se ainda que:

> "É possível então que, originalmente, no juramento não estivesse em jogo apenas a garantia de uma promessa ou a veracidade de uma afirmação, mas que o instituto que hoje conhecemos com este nome contenha a memória de um estágio mais arcaico, no qual ele tinha a ver com a própria consciência da linguagem humana e com a própria natureza dos homens enquanto "animais falantes". O "flagelo" que ele devia impedir não era unicamente a inconfiabilidade dos homens, incapazes de serem fiéis à própria palavra, mas uma fraqueza que tem a ver com a própria linguagem, com a capacidade das palavras de referirem às coisas, e a dos homens de se darem conta da sua condição de seres que falam. (AGAMBEN, 2011a, p. 15)

Reconhece-se que a investigação arqueológica do juramento equivale a orientação dos dados históricos, radicada no universo greco-romano, na perspectiva da "arché" que se encontra ligando o presente à antropogênese, nesta instituição, o juramento, que é ao mesmo tempo religiosa e jurídica, que somente se tornará inteligível se for situada a partir de um ponto de vista em que se questiona a "própria natureza do homem como ser falante e como animal

político" (AGAMBEN, 2011a, p. 19).

A aproximação entre juramento e fé foi percebida pelos estudiosos, e em grego "**pistis**" é sinônimo de "**horkos**", em expressões que referem a "prestar juramento" (**pistin kai horka poisisthai**), e fazer a "troca de juramento" (**pista dounai kai lambanein**), e em Homero são "confiáveis" (**pista**) os juramentos (AGAMBEN, 2011a, p. 33). O uramento também é intimamente ligado à "**sacratio**", associando-se ao juramento a qualidade do sagrado (AGAMBEN, 2011a, p. 38).

Em termos linguísticos, o juramento "expressa a exigência, em todos os sentidos decisiva para o animal falante, de por em jogo na linguagem a sua natureza e de vincular entre si, ao mesmo tempo, em um nexo ético e político, as palavras, as coisas e as ações", e é somente por este motivo, e nos rastros desta decisão (fidelidade ao juramento) que a nossa espécie humana (por sua ventura e desventura) ainda pode viver de alguma maneira, e direito e religião tecnicizaram esta experiência "antropogenética da palavra no juramento" (AGAMBEN, 2011a, p. 80-81).

2.3. INVENTÁRIO DOS COMPROMISSOS OFICIAIS NO BRASIL

Neste item, após realizar uma breve incursão no pensamento de Girorgio Agamben sobre a sacralidade da linguagem e a arqueologia do juramento, realizamos uma tentativa de inventariar a previsão normativa dos juramentos de lealdade constitucional no Brasil, separando sua previsão nos poderes legislativo, executivo, judiciário e funções essenciais à justiça, com as exceções mencionadas ao final do item, em razão das limitações de espaço para o artigo.

2.3.1. LEGISLATIVO

Observa-se que os Deputados Federais e Senadores se submetem ao Compromisso Constitucional de respeito à Constituição, conforme delineado abaixo:

Cargo/Instrumento	Compromisso
Deputados **RICD**	**Art. 4º (...)** **§ 3º Examinadas e decididas pelo Presidente as reclamações atinentes à relação nominal dos Deputados, será tomado o compromisso solene dos empossados. De pé todos os presentes, o Presidente proferirá a seguinte declaração: "Prometo manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro e sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil". Ato contínuo, feita a chamada, cada Deputado, de pé, a ratificará dizendo: "Assim o prometo", permanecendo os demais Deputados sentados e em silêncio.**
Senadores **RISF**	**Art. 4º (...) § 2º Presente o diplomado, o Presidente designará três Senadores para recebê-lo, introduzi-lo no plenário e conduzi-lo até a Mesa, onde, estando todos de pé, prestará o seguinte compromisso: "Prometo guardar a Constituição Federal e as leis do País, desempenhar fiel e lealmente o mandato de Senador que o povo me conferiu e sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil".**

2.3.2. EXECUTIVO

Desde a Constituição Imperial de 1824, todas as Constituições Posteriores, à exceção da Carta ditatorial de 1937, observa-se a exigência de tomada de Compromisso daquele que chefia a nação, conforme esboçado abaixo:

Cargo/Instrumento	Compromisso
Todas as Autoridades **Constituição Imperial de 1824**	**Preâmbulo e Disposições Finais** **"Mandamos portanto, a todas as Autoridades, a quem o conhecimento e execução desta Constituição pertencer, que a jurem, e façam jurar, a cumpram, e façam cumprir, e guardar tão inteiramente, como nella se contem."**
Presidente da República **Constituição de 1891**	**"Art 44–Ao empossar-se no cargo, o Presidente pronunciará, em sessão do Congresso, ou se este não estiver reunido, ante o Supremo Tribunal Federal esta afirmação: "Prometo manter e cumprir com perfeita lealdade a Constituição federal, promover o bem geral da República, observar as suas leis, sustentar-lhe a união, a integridade e a independência."**
Presidente da República **Constituição de 1934**	**"Art 53–Ao empossar-se, o Presidente da República pronunciará em sessão conjunta com a Câmara dos Deputados, com o Senado Federal, ou se não estiverem reunidos, perante a Corte Suprema, este compromisso: "Prometo manter e cumprir com a lealdade a Constituição Federal, promover a bem geral do Brasil, observar as suas leis, sustentar-lhe a união, a integridade e a independência."**
Constituição de 1937	**Constituição ditatorial na qual não consta Compromisso de Lealdade Constitucional.**

Constituição de 1946	**Art. 83. (...) § 2º O Presidente da República prestará, no ato da posse, êste compromisso: "Prometo manter, defender e cumprir a Constituição da República, observar as suas leis, promover o bem geral do Brasil, sustentar-lhe a união, a integridade e a independência."**
Constituição de 1967	**Art 78 – (...) § 1º–O Presidente prestará o seguinte compromisso: "Prometo manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral e sustentar a união, a Integridade e a independência do Brasil."**
EC n. 1/1969	**Art. 76. O Presidente tomará posse em sessão do Congresso Nacional e, se êste não estiver reunido, perante o Supremo Tribunal Federal, prestando compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral e sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.**
Constituição de 1988	**Art. 78. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.**
Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988	**Art. 1º. O Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os membros do Congresso Nacional prestarão o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, no ato e na data de sua promulgação.**

2.3.3. JUDICIÁRIO (STF) E FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

Devido às limitações de espaço e temática, limitaremos a exposição dos compromissos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, previstos em seus 5 Regimentos Internos (1891, 1909, 1940, 1970 e 1980 e alterações), e aos compromissos da Advocacia e do Ministério Público:

Cargo/Previsão	Compromisso
Ministros do STF RISTF 1891	**Art. 3º "No ato da posse, cada ministro deve tomar o solene compromisso de bem cumprir os deveres do cargo, de conformidade com as leis da República"**
Ministros do STF RISTF 1909	**Art. 4º "No ato da posse, cada ministro se obrigará por compromisso formal a bem cumprir os deveres do cargo, de conformidade com as leis da República." (Const. art. 82)**
Ministros do STF RISTF 1940	**Art. 5º No ato da posse, cada Ministro se obrigará, por compromisso formal, a bem cumprir os deveres do cargo, de conformidade com as leis da República".**
Ministros do STF RISTF 1970	**Art. 16. Os ministros tomam posse em sessão solene do Tribunal, podendo fazê-lo perante o presidente (...)§ 1º No ato da posse, o Ministro prestará compromisso de bem cumprir os deveres do cargo, de conformidade com a Constituição e as leis da república.**
Ministros do STF RISTF 1980	**Art. 15. Os Ministros tomam posse em sessão solene do Tribunal, ou perante o presidente, em período de recesso ou de férias. § 1º No ato da posse, o Ministro prestará compromisso de bem cumprir os deveres do cargo, de conformidade com a Constituição e as leis da República.**

Advocacia **Lei 8.906/94 e Regulamento Geral**	**Lei** **Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário: (...) VII–prestar compromisso perante o conselho.** **Regulamento Geral do Estatuto da OAB** **Art. 20. O requerente à inscrição principal no quadro de advogados presta o seguinte compromisso perante o Conselho Seccional, a Diretoria ou o Conselho da Subseção: "Prometo exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas."**
Ministério Público	**Art. 59. (...)** **§ 4º O candidato nomeado deverá apresentar, no ato de sua posse, declaração de seus bens e prestar compromisso de desempenhar, com retidão, as funções do cargo e de cumprir a Constituição e as leis.**

Para uma comparação com os demais Juízes pertencentes as justiças dos 27 Estados e do Distrito Federal, da Justiça Federal das 5 Regiões, da Justiça do Trabalho, Militar e eleitoral, e demais funções essenciais à justiça, confira-se as diversas previsões de compromisso nas Constituições Estaduais, Regimentos Internos e respectivas leis Orgânicas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que o compromisso de lealdade Constitucional pertence à tradição brasileira, sobretudo para os exercentes dos cargos políticos como Presidente da República, Senador e Deputado Federal, e Ministro de Supremo Tribunal Federal.

Neste último caso, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, havia até 1970 o compromisso com a lei, não sendo expressamente prevista a palavra Constituição, mas a partir das alterações realizadas no regimento interno, surge tal previsão de compromisso de lealdade Constitucional, que é um compromisso com o direito posto (oriundo do parlamento).

Através de uma análise do compromisso do Ministro Edson Fachin, observamos, por meio da rememoração e observação de seu compromisso de posse, que este ministro do STF não prestou oralmente o compromisso de lealdade Constitucional, embora o termo de posse, reduzido a termo pelo Secretário Geral do STF, e assinado pelo ministro e pelo Presidente da Corte, contenha a previsão de dita lealdade.

Ao assinar o temo de posse, não observamos o Ministro Edson Fachin realizar ressalva quanto ao termo escrito, o que nos leva a refletir se ele, o próprio ministro, considera válida a manifestação escrita ou oral sobre a "lealdade Constitucional".

A questão reverte-se de inequívoca relevância Constitucional por uma série de motivos, especialmente pelo fato de que parecem ser distintos os atos. A previsão de lealdade Constitucional e a declaração feita.

Pela previsão do ato no Regimento Interno do STF, deveria ter sido dito que o ministro empossado se comprometia em bem fielmente cumprir os deveres do cargo em conformidade com a Constituição Federal e com as Leis da república, mas o compromissando mudou o verbo, trazendo com isso uma outra indagação sobre o tempo verbal, dizendo que declarava bem e fielmente cumprir os deveres do encargo de conformidade com a justiça.

Se foi uma ação deliberada ou fruto da emoção decorrente do momento da posse, impõe-se uma série de reflexões por parte da academia brasileira sobre o fato, uma vez que há uma razão de ser da existência de um compromisso predeterminado, especialmente se a troca da Constituição pela justiça representar um ato solipsista, que impõe o esclarecimento sobre o "tipo e modelo" de justiça de

que se está a falar.

Impõe ainda uma reflexão que se abre sobre o tipo de legitimidade do empossado, se ele pode ser considerado um dos guardiões da Constituição, ou se pode ter questionada a sua posse e legitimação enquanto ministro do Supremo Tribunal Federal.

Num ponto, também é preciso que se observe que se o ato buscou romper uma tradição, qual seja, a de jurar lealdade à Constituição, o ato pode receber também a crítica de que se intencionasse de fato romper com a tradição da Suprema Corte brasileira, fazer isso usando velhos trajes do século XIX com punhos de renda de seda, que culmina em sentar-se na última cadeira destinada ao ministro mais moderno soam bastante contraditórios.

Conforme observado do diálogo a partir de Giorgio Agamben sobre o sacramento da linguagem em sua arqueologia do juramento nos leva a crer que as palavras pronunciadas num ato solene de posse, de compromisso de lealdade se revestem de uma grande significação e inequívoca importância.

Os compromissos, aliás, possuem um enorme papel no direito, bastando lembrar que todos os dias pessoas são presas pelo poder judiciário por faltarem ao compromisso de não calar ou faltar com a verdade, ou seja, por violarem um compromisso legal. Demais disso, no plano dos fatos, dezenas de relações sociais e relacionais são construídas e rompidas em razão da assunção ou do rompimento de compromissos, construídos ou convelidos por meio da linguagem escrita, oral ou comportamental.

Por fim, constata-se que este fato ora discutido, se realmente ocorrera em razão de manifesta deliberação, importa em reconhecer que provavelmente o próprio ministro Edson Fachin atribui um relevante valor aos compromissos a ponto de não se submeter a um outro compromisso previamente estabelecido com o direito posto.

Com a palavra, o ministro Edson Fachin, e evidentemente toda a academia, que pode receber esta análise com receptividade discursiva

ou mesmo sob intensa crítica sobre todos os seus aspectos. Em ambos os casos, parece-nos importante a discussão respeitosa e aberta. Seria desnecessário dizê-lo. De 2015 até agora, o ministro Fachin tem sido (des)leal à Constituição?

REFERÊNCIAS

ABREU, Luiz Eduardo. *Os bastidores do Supremo e outras histórias curiosas*: 5 estudos de etnografia constitucional. Brasília: UniCEUB, 2013.

AFONSO CELSO. *Oito anos de parlamento*. Brasília: Senado Federal, 1998.

AGAMBEN, Giorgio. *O Sacramento da Linguagem*: Arqueologia do Juramento (Homo Sacer II, 3), trad. Selvino José Assmann. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011a.

AGAMBEN, Giorgio. *The Sacrament of Language*: An Archeology of the Oath. Trans. Adam Kotsko. California: Stanford University Press, 2011b.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Memória Jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*. Brasília: STF, 2006.

AZEVEDO GRAÇA, Manuel de Sampayo Pimentel. Os últimos dias da monarquia em Portugal. *Revista de História*, volume XIII. Porto: Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica. Centro de História da Universidade do Porto, 1995.

BALEEIRO, Aliomar. *Voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Aliomar Baleeiro no RMS 17.433/CE*. 1ª Turma, em 04.09.1967.

BIX, Brian. Robert Alexy's Radbruch Formula, and the nature of legal Theory. Rechtstheorie, vol. 37, 2006.

BOLIN, Steven Dewayne. *Religious Scruples and the Politcs of Anticommunism in Oklahoma, 1917-1951*. PhD Thesys (Doctor of Philosophy)–Faculty of the Graduate College of the Oklahoma State University, Oklahoma, 2009.

BORK, Robert H. The Supreme Court as an Agent of Modern Liberalism. In: *Slouching Towards Gomorrah*: Modern Liberalism and the American Decline. New York: Harpers Collins, 2003.

CAMERON, Charles M.; PARK, Jee-Kwang. How will they vote? Predicting the Future Behavior of Supreme Court Nominees, 1937-2006. *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 6, Issue 3, p. 485-511, 2009.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. *O trabalho do antropólogo: olhar, ouvir, escrever*. Em: O trabalho do antropólogo. 2ª ed. São Paulo: UNESP, 2000.

CASPER, Gerhard. Guardians of the Constitution. *Southern California Law Review*, vol. 53, 1980.

DAVIES, Ross E. Which is the Constitution? *Green Bag* 2d, vol. 11, n. 2, pp. 209-216, 2008.

DOUGLAS, Mary. Como as Instituições Pensam. Trad. Carlos Eugênio de Moura. São

Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2007.

EDITORIAL NOTE. The Chilling Effect in Constitutional Law. *Columbia Law Review*, vol. 69, n. 5, 1969. 1969.

ETZIONI, Amitai. The Long Shadow of Senator McCarthy. *Jewish Frontier*, june, 1966.

FEIJÃO, Aimée Guimarães. Supremo Tribunal Federal: Delineando o Elefante. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 6, n. 10, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. 22ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Embargos Culturais: Gustav Radbruch e seu pensamento em "cinco minutos de filosofia do Direito". Conjur, 22 de junho de 2014.

HELIODORA, Barbara. *Shakespeare*: o que as peças nos contam. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014.

HERNÁNDEZ, Esther González. Juramento y Lealtad a la Constitución. Revista de Derecho Político, n. 60, 2004.

KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia Politica*: Empleo del procedimento legal para fines políticos. Trad. R. Quijano R. Mexico D.F: UTEHA, 1968.

LIPTAK, Adam. *A taxonomy of Supreme Court Humor*. The New York Times, 24.01.2011.

LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia Dialética*. Brasília: Editor Borsoi, 1972.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALPHURS, Ryan A. "People Did Sometimes Stick Things in my Underwear": The Function of Laughter at the U. S. Supreme Court. *Communication Law Review*, vol. 10, n. 2, 2011.

MASON, Caleb. Jay-z's 99 Problems, verse 2: A close Reading with fourth Amendment Guidance for Cops and Perps. *Saint Louis University Law Journal*, vol. 56, 2012.

NOTE. "From Consensus to Collegiality: The Origins of the Respectiful Dissent". *Harvard Law Review*, 124, p. 1305-1326, 2011.

POSNER, Richard; EPSTEIN, Lee; LANDES, William. Are Even Unanimous Decisions in the United States Supreme Court Ideological? *Northwestern University Law Review*, vol. 106, 2012.

POSNER, Richard. Como eu escrevo. Trad. Ana Caroline Pereira Lima e Thiago Aguiar de Pádua. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1 jan.-jun., 2014.

RIVAROLA, Rodolfo. *Juramento de la Constitucion*. Apresentação perante a "Associación Nacional del Professorado", 1932.

ROBL FILHO, Ilton Norberto; MARRAFON, Marco Aurélio. Constituição e Efetividade dos Direitos Fundamentais: caminhos para superação da perspectiva tradicional do direito constitucional brasileiro a partir do princípio da factibilidade e do desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 6, n. 11, 2014.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito Comparado: A fórmula de Radbruch e o risco do subjetivismo. Conjur de 11 de julho de 2012.

SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism be Defended Empirically? *University of Chicago Law Review*, n. 66, 1999.

SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional Ethnography: An Introduction. *Law and Society Review*, vol. 38, pp. 389-406, 2004.

TRIBE, Laurence H. Respecting Dissent: Justice Ginsburg's Critique of the Troubling Invocation of Appearance, In: *Essays in Honor of Justice Ruth Bader Ginsburg*, 2013.

SHAKESPEARE, William. *The Merchant of Venice/O Mercador de Veneza*. Trad. Helena Barbas. Almada: Água-forte, 2002.

TUSHNET, Mark; LYNCH, Timothy. The Project of the Harvard Forewords: A Social and Intellectual Inquiry. *Constitutional Commentary*, vol. 11, 1994.

VIERA, Oscar Vilhena. A Constituição Como reserva de justiça. Lua Nova n. 42, 1997.

VILLELA, José Guilherme. Recurso Extraordinário. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 23, n. 89, jan./mar., Brasília, 1986.

WEXLER, Jay D. Laugh Track. *Green Bag*, vol. 9, n. 1, 2005.

WEXLER, Jay D. Laught Track II – Still Laughin'! Forum, *The Yale Law Journal*, 2007.

YOSHINO, Kenji. *Mil Vezes Mais Justo*: O que as peças de Shakespeare nos ensinam sobre a justiça. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

MUDANÇA ESTRUTURAL DA FORMA CONSTITUCIONAL: COMPROMISSOS DILATÓRIOS, METODOLOGIA JURÍDICA E ATIVISMO JUDICIAL ATRAVÉS DE CARL SCHMITT

Ricardo Martins Spindola Diniz[1]

1. INTRODUÇÃO

Menos de um ano após a emergência da Constituição de 1988, José Eduardo Faria publicou um livro posteriormente esquecido intitulado *O Brasil Pós-Constituinte*. O autor então caracterizou as proposições constitucionais como resultado de um misto de "indecisões, omissões, negociações e coalizações de um plenário dividido", legando, portanto, "um texto na maior parte das vezes ambíguo, sem espírito definido e desdobrado em inúmeros artigos, incisos e parágrafos de caráter corporativo, paternalista, estatizante e liberal a um só tempo" (1989, p. 76).

Na medida em que o texto expressava o "equilíbrio delicado e precário entre as diferentes forças políticas", "o processo de reorganização jurídico-institucional do país" continuará em aberto, segundo o autor. Faria, não obstante, vai além, projetando a continuidade das disputas em sede legislativa, com as apelidadas batalhas

1 Pesquisador Assistente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Atualmente pesquisa o conceito de direito em Hannah Arendt, através de seus engajamentos com a fenomenologia e de sua retomada das problemáticas da temporalidade e historicidade em Heidegger. Professor das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito no Instituto de Ensino Superior do Estado de Goiás (Faculdades Integradas IESGO).

regulamentares (1989, p. 51-52, 61), no âmbito do Executivo por meio de negociações e confrontos pelo direcionamento de seus programas sociais e políticas públicas, uns e outros a constituírem "fantásticos recursos de poder" (1989, p. 77), e também no judiciário, onde se vivenciará "interações conflitantes e convivências contraditórias entre uma concepção instrumental, formalista e normativista da ordem legal e concepções alternativas de ordem justa, legítima e pluralista, a partir dos projetos políticos dos movimentos sociais" (1989, p. 87). O jogo complexo a ser constituído pela interpenetração por esses diferentes contextos de conflito, com o texto constitucional ao seu centro, implicará na transformação da Constituição em um "objeto de um processo de (re)criação e (re) invenção permanente, uma vez que terá de ser (re)interpretada a cada momento, a cada crise a cada nova etapa dos acontecimentos políticos" (1989, p. 86).

O mais importante para os presentes propósitos, contudo, é a conclusão que o autor desenvolve ao nível da teoria constitucional. Em suas palavras, por estar envolta e ser ela própria peça central no desenrolar dos embates resultantes do pluralismo conflituoso ao qual fragmentária e assimetricamente se impõe, "a nova Constituição jamais poderá ser *interpretada*, em termos de identificação do sentido lógico de suas normas", muito pelo contrário, necessitando de ser "sempre (re)construída a partir de critérios extrajurídicos", advindos dos compromissos cambiantes entre "os grupos e classes em confronto quanto ao conteúdo, ao alcance e ao limite das regras básicas dessa mesma ordem" (1989, p. 77-78, ênfase no original). Isso posto, por evidente, José Eduardo Faria não é o primeiro e nem o único intérprete de perspicácia privilegiada a notar as mudanças estruturais a que se sujeita a forma constitucional quando adaptada a um contexto de democracia de massas. Ou, se se preferir, desde o começo do séc. XX, diversos autores, localizados nos mais variados pontos do espectro político, vêm notando as dificuldades metodológicas e políticas da transição da Constituição do Estado para a

Constituição da sociedade. Dentre eles, Carl Schmitt invariavelmente se destaca, seja pela qualidade de suas reflexões, seja por toda a polêmica que necessariamente vai associada ao seu nome.

O presente artigo procurou explicar e desenvolver o veredicto de José Eduardo Faria a respeito das condições de interpretação dos textos constitucionais estruturados em consonância com a democracia de massas, textos, afinal, marcados por uma série de técnicas redacionais que buscaram conciliar o inconciliável com recurso a expressões ambíguas, contraditórias, e indecisivas. Às proposições constitucionais resultantes, Schmitt polemicamente apelidou por "compromissos dilatórios". Avançou-se então a hipótese de que semelhantes compromissos seriam, para Schmitt, a manifestação inautêntica no âmbito constitucional da transição do Estado-de-Direito burguês para a democracia de massas – e, por conseguinte, da estável separação entre Estado e sociedade para a complexa e instável identificação entre um e outro –, e que toda a problemática jurídico-metodológica atribuível a essa modalidade de dispositivo constitucional chega ao cerne de suas objeções e projeções a respeito do controle judicial de constitucionalidade e de que maneira suas considerações, devidamente interpretadas, chegam até a atualidade da prática jurídica-constitucional.

Dedicou-se, portanto, a precisar em que maneira as preocupações jurídico-metodológicas de Schmitt chegam ao cerne de sua contenda com Kelsen, em contrariedade a parcela significativa da literatura secundária dedicada ao famoso debate. Sob a luz de suas obras anteriores, as objeções postas por Schmitt a configurar a impossibilidade de se conciliar a forma judicial com as decisões políticas necessárias para se resolver os impasses de um texto constitucional marcado por compromissos dilatórios, comumente reduzidas ao absurdo por seus críticos, de Kelsen em diante, ganham uma nova pertinência. Ao final, projetam-se os possíveis aportes analíticos a serem conquistados com esse direcionamento e construção teóricas.

2. A INEXORABILIDADE DA DEMOCRACIA COMO PRINCÍPIO DE LEGITIMIDADE

Quis iudicabit? Argumentavelmente, a questão recorrente e subjacente a todo o argumento da *Verfassungslehre* de Carl Schmitt poderia ser interpretada como a tradução, para um contexto e linguagem próprios ao direito público, da questão político-teológica a respeito de quem decide sobre o estado-de-exceção (SCHMITT, 2010, p. 6-15; GALLI, 1996, p. 584 e ss.). No contexto da obra, e da teoria constitucional, se se quiser, a questão avança, ao mesmo tempo, um pressuposto e determina o dualismo a encaminhar sua resposta. O pressuposto diz respeito à existência do soberano, em-si, mas não para-si, *representado* no monarca (e na dinastia como modo de legitimidade constitucional), ou em-si e para-si, *identificado* na nação (e na democracia como modo de legitimidade constitucional) – com a dicotomia um-ou-outro ela própria caracterizadora de um conflito político e existencial fundamental (2008, p. 105), e, na intepretação de Schmitt, sem sombra de dúvida (2007a, p. 101-102), estrutura essa a se impor também ao conflito fundamental irressolvido na Assembleia Nacional que logrou desenrolar a decisão fundamental do povo alemão nas leis constitucionais unidas por essa mesma vontade no que se passou a conhecer como Constituição de Weimar.

O recurso à dicotomia hegeliana a marcar a fenomenologia do espírito – à tomada de consciência-de-si e sua suprassunção na razão – pode parecer inicialmente deslocada. Não obstante, ela encontra amparo nos esforços conceituais de Schmitt. O exemplo determinante parece se encontrar na transformação do povo em nação. Essa transformação, em outras palavras – nas palavras de Schmitt (2008, p. 102) – implica na tomada de consciência do povo de sua "unidade política". Sua existência política, contudo, é anterior a essa tomada-de-consciência e à vontade manifesta em sua decisão política fundamental consequente. De modo que se possa dizer, conforme Carlo Galli, que para Schmitt o acontecimento da Revolução Francesa, do poder constituinte como origem da política, "fazendo-se autoridade a si

próprio, não reconhecendo outra ordem que não o próprio" acaba por inverter "a tradicional relação entre *auctoritas* e *potestas*: o poder constituinte do povo se revela como a única autoridade possível no Moderno, revela-se, isto é, como soberania popular" (1996, p. 589-590). Consequentemente, escreve Salgado, se a *potestas* pertencia ao povo, "mesmo com essa potência, o povo por si mesmo, não se constituía em Estado, em ato" (2007, p. xviii), passagem decisiva essa que se faz possível, efetivamente, após o aparecimento da nação como sujeito histórico. (*Cf.* SCHMITT, 2008, p. 248; 261-262)

Essa anterioridade existencial do povo como unidade política, mesmo que em descompasso com sua consciência de tanto, vai se afirmando ao longo texto, especialmente conforme a questão a respeito da continuidade do *Reich* alemão entre o antes e depois de 1919 vai ganhando centralidade, em contraste à sua tímida e primeira postulação (2008, p. 141-145). Ao fim e a fundo, talvez se possa sugerir que a principal consequência dessa anterioridade do povo, seja à nação, seja ao príncipe – um e outro a "animar" (2008, p. 60) a unidade política, se se quiser, a lhe dar "consciência" – implique na impossibilidade lógica de se recorrer a outros modos de legitimidade que não o democrático depois que, "em completa consciência, um povo tomou seu destino em suas próprias mãos e chegou a uma decisão livre quanto ao tipo e forma de sua existência política" (2008, p. 127). O povo, nas palavras de Schmitt, "sempre de algum modo está sempre existindo e presente" (2008, p. 241).

Desse modo, seguindo a interpretação cogente de Carlo Galli, para Schmitt tem-se na democracia tanto o lado excepcional quanto o lado ordenativo da política moderna. O primeiro vai apreendido para Schmitt na imanência imediatista da potência democrática, a erodir as instituições liberal-parlamentares, com suas dissimulações e discussões, a se caracterizar em uma "dinâmica de competição e discussão perpétuas" (SCHMITT, 2007b, p. 72), em que o Estado se transforma na sociedade. Em contraposição a esse estado-de-coisas, a democracia seria o oposto de uma "ordem objetiva e natural", tratando-se, afinal,

de "uma exceção, como um dinamismo concreto carregado de energia, como um conflito de massas e de partidos que se exprime na exigência de uma forma" (GALLI, 1996, p. 538). Já a segunda se desenrola na ditadura como única forma duradouramente possível à democracia, porque ao suspendê-la empircamente para realizá-la essencial e existencialmente (GALLI, 1996, p. 539), a democracia consegue suprimir a pluralidade ínsita à sociedade, transformando-a em unidade – de um conflito não-mediável à vontade do povo enquanto unidade política *identificada-representada* na ditadura soberana. Não à toa, Schmitt muito se esforça por apresentar toda e qualquer assembleia constituinte, mas e especialmente aquela responsável pela redação da Constituição de Weimar, como justamente uma particular manifestação da ditadura soberana (2008, p. 110-111, 130) – introduzida, afinal e pela primeira vez, na história ocidental com o desenrolar da Revolução Francesa, quando o povo tomou consciência de si enquanto nação.

A realidade – a força histórica, talvez – inexorável da democracia enquanto princípio de legitimidade, após seu aparecimento na história, e sua igualmente inescapável instabilidade – a minar, mesmo e inclusive, a possibilidade de qualquer transcendência e, consequentemente, qualquer decisão política –, estão ao centro das angústias teóricas de Schmitt (*Cf.* GALLI, 1996, p. 552-553). Nas palavras do autor, quando ela é levada a sério "nenhuma outra organização constitucional consegue se impor diante da exclusiva, determinante e irrefutável vontade do povo, expressa de *uma forma qualquer*" (1996a, p. 16, ênfase no original). A centralidade da forma pela qual a vontade do povo é formada e, ao mesmo tempo, sua repulsa a assumir qualquer conteúdo próprio consequente dessa ou daquela formação denunciam "um fato e uma necessidade estranhas" que projetam o destino da democracia de "suprimir-se a si mesma no problema da formação da vontade" (1996a, p. 28).

2.1. COMPROMISSOS DILATÓRIOS

Isso sendo posto, é preciso destacar que o próprio Schmitt interpreta sua época como um período de transição, ou, se valendo de

sua própria linguagem, um período de dualismos. Consequentemente, assim como a ordem constitucional anterior pôde ser interpretada como marcada pela convivência na teoria do reconhecimento do poder constituinte popular com a prática do poder constituinte monárquico, impasse de legitimidade que só pôde perdurar em vista da estabilidade econômica e social (2008, p. 105), a gerar as características dificuldades jurídico-conceituais do período, Schmitt apresenta o seu agora como um momento de virada entre a legalidade parlamentar e a legitimidade democrática (2007a, p. 63, 102) – sendo marcante de sua estratégia argumentativa a recusa em vincular um princípio de legitimidade à organização parlamentar, em contrapartida à monarquia e à democracia, porque, em suas palavras, "a legalidade", característica do Estado legiferante, "significa justamente uma oposição à legitimidade" (2007a, p. 9).

Logo, e em igual sentido, o impasse desse dualismo logra em se manifestar jurídico-tecnicamente, naquilo que Schmitt apelida por "compromissos dilatórios" – com a Constituição de Weimar, nesse interim, sendo interpretada por Schmitt "como a constituição de compromisso por excelência" (BERCOVICI, 2009, p. 405; SCHMITT, 2015, p. 124). Em outras palavras (*Cf.* SCHMITT, 2008, p. 187-188), compromissos dilatórios seriam a formação politicamente inautêntica daquilo que o presidencialismo plebiscitário, enquanto ditadura comissária, seria a formação autêntica, isto é, a democracia de massas – em que se a primeira difere eternamente a formação da vontade como um subterfúgio à manutenção da ausência de conteúdo da democracia, a outra necessariamente a suspende para, decidindo-a em concreto, formá-la enquanto vontade.

Os compromissos dilatórios se caracterizam como a contraparte das decisões fundamentais e dos compromissos genuínos que comumente se abundam nos textos constitucionais. Nas palavras do autor, o compromisso "não envolve a resolução objetiva de uma questão na forma de uma condescendência mútua a princípios substantivos. Pelo contrário, o acordo é satisfeito com uma fórmula dilatória que leva em conta todas as exigências contrapostas" (2008, p. 85). Por um lado,

o recurso a essa técnica redacional pareceu imprescindível para que o processo constituinte weimariano chegasse a um resultado, em razão das "fortes oposições religiosas e sociais dentro da Alemanha" (2008, p. 85). Por outro, contudo, a postergação e arrastamento da decisão através de "fórmulas que satisfaçam todas as demandas em contradição, deixando, por sua vez, por meio de um ambíguo subterfúgio linguístico os reais pontos da controvérsia sem decisão" (2008, p. 84), gera, necessariamente, "uma eterna discussão sem chance de conclusão, na qual os dois lados se referem ao texto constitucional com completa convicção" (2008, p. 87), com as consequentes decisões ocorrendo tanto por uma "miserável manipulação linguística" quanto "fora dos procedimentos e métodos constitucionalmente previstos" (2008, p. 87), seja por meios pacíficos – como por uma lei ordinária, ou mesmo uma decisão judicial –, seja por meio da violência (2008, p. 82).

Na arguta interpretação de Gilberto Bercovici, por trás da discussão em que se insere a denúncia dos compromissos dilatórios estaria o seguinte problema fundamental: "a instauração de uma democracia de massas, ou seja, de uma democracia que deveria ser entendida na forma e na substância, pois importava na emancipação política completa e na igualdade de direitos, incorporando os trabalhadores ao Estado" (2009, p. 407). A técnica engendrada para tanto, e que o conceito de compromisso dilatório quer denunciar – e, segundo Bercovici, mas também Carlo Galli (*Cf.* 1996, p. 638), retirar suas potencialidades ou "despotencializá-la" –, se resume em incorporar no texto constitucional "os conflitos econômicos e sociais, chamando formalmente a atenção sobre estas questões e determinando a necessidade de se encontrar soluções" (2009, p. 405).

Em outra formulação, mais conceitual e ainda seguindo Bercovici, poder-se-ia dizer que com as constituições sociais do século XX se tenta incorporar "a totalidade do povo no Estado", a exigir "a presença de uma série de dispositivos constitucionais que visam a alterar ou transformar a realidade socioeconômica" (2009, p. 381). Há, por conseguinte, uma radical transformação da forma constitucional

como um todo: "Não há mais constituições monolíticas, homogêneas, mas sínteses de conteúdos concorrentes dentro do quadro de um compromisso deliberadamente pluralista. A constituição é vista como um projeto que se expande para todas as relações sociais" (2009, p. 381). A culminar, em última instância segundo o autor, na incorporação do conflito por parte dos textos constitucionais, a transformá-los, assim, em "um espaço onde ocorre a disputa político-jurídica" (2009, p. 381). Por conseguinte, a legitimidade do Estado viria, necessariamente, "da democracia e do Estado social", embasando-se na "na emancipação política completa e na igualdade de direitos" (2003, p. 13-14).

Conflitos, contudo, são inerentes à sistemática constitucional em sua realidade efetiva, conforme colocado por Sanford Levinson e Jack Balkin (2009, p. 711), não se tratando, portanto, de uma exclusividade do constitucionalismo social que o texto constitucional seja, ao mesmo tempo, instrumento e local de disputa. De fato, uma leitura contextualizada do evento a que se atribui a consolidação da forma constitucional (*Cf.* ARAUJO PINTO, 2004, p. 190; STOURZH, 2007, p. 98-99), o louvado *Marbury v. Madison*[2] com o qual o judiciário se avança como um órgão "independente voltado para a declaração e proteção de direitos constitucionais", se o revela como um exemplo significativo de "disputas partidárias e pela falta de independência do

2 Quando da eleição de 1800, resumidamente, o Partido Federalista, então na presidência com John Adams, passou a enxergar na vitória dos republicanos liderados por Thomas Jefferson a iminência de um desastre para os Estados Unidos, adotando de então uma série de estratégias para limitar o horizonte de ação do partido rival (*Cf.* BALKIN; LEVINSON, 2003, p. 257 e ss.; TUSHNET, 2004, p. 540) – dentre elas, especificamente, a nomeação em massa de juízes para as cortes de apelação e juízes de paz por parte de Adams, a serem revogadas pelo Congresso e desafiadas quanto a seu cumprimento por parte de seu sucessor presidencial, Jefferson. Como a interpretação de Tushnet deixa claro (2004, p. 538-543), por sua vez, o que acabou transformando Marbury v Madison no precedente de impacto global que ele se tornou não foi aquilo necessariamente judicializado, quer dizer, o "problema da vida" que chegou ao tribunal, mas aquilo que John Marshall implicou à decisão desse problema em seu raciocínio, a espelhar na recusa do novo secretário de estado, James Madison, em empossar William Marbury a possibilidade dos federalistas limitarem os intuitos dos republicanos pelo controle que os primeiros conquistaram sob o judiciário. Em outras palavras, o que acabou dando relevância histórica-constitucional ao caso foi o fato de Marshall ter visto nele a oportunidade de avançar o "jogo duro" dos federalistas. Por um lado, isso está em consonância com o alerta de Balkin e Levinson, acerca da importância esquecida ou convenientemente ignorada às circunstâncias a partir das quais os "fatos do caso" são recortados (Cf. 2003, p. 279 e ss.). Por outro, que a dimensão do judicializado e do decidido não precisam coincidir, mais ainda em tempos de crise constitucional.

judiciário quanto à política" (BALKIN; LEVINSON, 2003, p. 262). Com que se poderia arriscar, em que pese a aparência de anacronismo, que desde as origens, a forma constitucional lançou as bases para aquilo que Ran Hirschl (*Cf.* 2009) mais recentemente apelidou por "judicialização da política pura"[3]. Consequentemente, se se quer arrancar o máximo de sentido da engenhosa conceituação de Bercovici – para além do truísmo simplório e polêmico de que a (postuladamente falsa) distinção entre Estado e sociedade do constitucionalismo liberal foi abandonada, do qual explicitamente escapa o autor, rumo às consequências estruturais e metodológicas das novidades introduzidas com a transformação passada pela forma constitucional na primeira parte do séc. XX –, sua caracterização precisa ser qualificada – ao que se dedica a discussão seguinte.

3. AS CONDIÇÕES LEGAIS DA PRÁTICA JUDICIAL NA DEMOCRACIA DE MASSAS

Como a adjudicação aparece para Schmitt no contexto de transição da legalidade do Estado de Direito burguês para a legitimidade da democracia de massas? Apesar de muito já ter se escrito a respeito da contenda entre Kelsen e Schmitt a respeito da defesa da constituição, com as entradas posteriores ao término da disputa indo da recorrente laudatória de que Kelsen teria saído vitorioso no tribunal da história (BARROSO, 2012, p. 29), passando pela proximidade dos pressupostos e consequências das propostas dos dois debatedores (MAIA, 2007), à caracterização do debate como algo "mais simbólico do que real" (SILVA, 2009, p. 205), o centro da contenda, a distinção entre adjudicação e legislação, é em grande

3 Ao elencar as diversas razões contextuais que podem levar à judicialização da política pura, Hirschl considera o impacto decorrente "do mercado eleitoral de uma comunidade ou os horizontes temporais dos governantes", em que a situação do partido governante de se perpetuar ou não no poder tem impacto direto na independência e poder do judiciário. Nas suas palavras, "quando um partido governante tem baixa expectativa de permanecer no poder, torna-se mais propenso a apoiar um Judiciário poderoso, garantindo assim que o próximo partido governante não poderá usar o Judiciário para fins políticos" (2009, p. 166-167). Em termos abstratos, essa é uma perfeita generalização das circunstâncias políticas de Marbury v. Madison, e, mais ainda, do engenhoso raciocínio político subjacente à argumentação de John Marshall (*Cf.* TUSHNET, 2004, p. 538 e ss.).

medida ignorado – senão de todo afastado como desimportante. Acredita-se, todavia, que essa distinção é uma chave crucial para se acessar seja a interpretação epocal que Schmitt faz do judiciário, seja a íntima e problemática relação por ele postulada entre os compromissos dilatórios e a instituição de uma corte constitucional.

A exemplificar a última posição, tem-se a interpretação de Paulo Maia, quem apresenta a caracterização de Schmitt da função judicial como "uma atividade de simples subsunção do caso à norma geral" – a impedir, conceitual e consequentemente, a possibilidade da jurisdição constitucional –, para então pontuar que talvez nem o próprio autor levasse tão a sério esse argumento, porque, afinal, esse apontaria "para um automatismo judicial", a contradizer o próprio posicionamento de Schmitt em obra anterior, *Gesetz und Urteil*, no qual, supostamente, se teria posicionamento "contundentemente contrário à teoria do automatismo judicial", ao contrapor a tanto a inevitabilidade da decisão (2007, p. 248, nota 1116). A leitura de Maia ignora, contudo, a referência explícita do autor à sua obra anterior em um dos momentos dedicados à materialidade da adjudicação (SCHMITT, 2015, p. 117, nota 62). Ignorância essa que, ao se ver somada à ausência da dita obra entre as fontes primárias da pesquisa (*Cf.* MAIA, 2007, p. 379-418) – dedicada, afinal, à polêmica e à sua efeitualidade histórica –, resultando em um acesso vicário ao seu conteúdo, revela como completamente sem fundamento suas conclusões a esse respeito.

Duas posições que fogem à regra, devidamente referidas por Maia, ainda que com certa estranheza, diga-se de passagem, não se demoram nem se esforçam em arrancar sentido daquele que, em ambas as instâncias, é reconhecido como o cerne da crítica schmittiana. O primeiro deles, Habermas (1996, p. 242-243), resume o argumento como a constatar a ausência da relação entre norma e circunstâncias de um caso concreto na jurisdição constitucional, para então destacar a saída proposta por Kelsen – de que os fatos concernentes à produção da norma servem de circunstâncias ao caso particular. Paulson (2017, p. 525-527), por sua vez, apresenta consideração de todo próxima à

de Habermas, acrescida de destaque à aparente autocontradição – mas também no delírio – em que Schmitt se vê envolvido ao resumir a prática judicial à subsunção de conteúdos legais incontroversos. Mais uma vez, *Gesetz und Urteil*, em suas páginas iniciais, é preciso pontuar, vai destacada – sem vir acompanhada de uma análise em profundidade das posições tomadas nessa obra, às quais, vale reforçar, Schmitt entendia presentes e coerentes com sua posição no debate quanto ao "guardião da Constituição".

A leitura cuidadosa dessa obra ausente ou fugidia no rol de fontes articulado pela literatura secundária[4] mostra, contudo, que Schmitt não se contradisse – e que, por outro lado, seu argumento é mais profundo e nuançado do que quis Kelsen, ou os comentadores posteriores ao debate.

3.1. DECISÃO JUDICIAL, CONTEÚDO, E DETERMINIDADE JURÍDICA

De fato, nas páginas iniciais – quando o autor está preocupado em delimitar o problema da pesquisa, isto é, a questão do critério jurídico-metodologicamente precisável quanto à correteza da decisão judicial –, Schmitt explicitamente aduz à posição de

4 A posição esquecida e a pouca consideração que se tem dado a essa obra, seja no tratamento do corpus schmittiano como um todo, seja em seu debate com Kelsen, ou mais ainda, quanto ao tema da presente seção, isto é, da interpretação oferecida pelo autor quanto ao papel do judiciário, pode ser percebido da completa ausência seja de sua referência, muito mais de sua discussão, na tese de doutoramento de um dos maiores especialistas brasileiros em Carl Schmitt, Roberto Bueno (*Cf.* 2011, p. 1462-1558). Do mesmo autor, tem-se artigo especificamente dedicado à polêmica entre Kelsen e Schmitt, no qual a obra consta dentre a bibliografia referenciada, não obstante a completa ausência de qualquer citação no corpo do texto (*Cf.* 2015, p. 135). Consequentemente, do mapeamento aqui realizado, tem-se em língua portuguesa apenas três discussões em profundidade desse texto schmittiano. A primeira delas se encontra na dissertação de doutoramento de Alexandre Franco de Sá, quem discute e relaciona de maneira profunda *Gesetz und Urteil* e a obra imediatamente seguinte, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Individuums* (2006, p. 72 e ss.), não tocando, contudo, nos pontos ora investigados. A segunda é o artigo escrito por Anditys Costa Matos e Diego Perini Milão, que tece importantes considerações a respeito da proximidade dos esforços de Schmitt de precisar a abertura prática da decisão tensionada frente à lei positiva com desenvolvimentos mais recentes da teoria do direito e em contraposição a Hans Kelsen, muito embora o acesso à obra se dê justamente pelos trechos traduzidos na dissertação de Franco de Sá (*Cf.* 2013). Finalmente, Pedro Hermínio Castelo Branco parte de *Gesetz und Urteil* e vai até a *Verfassungslehre* destacando e marcando a importância e continuidade das noções de mediação e representação para se compreender o núcleo central do conceito de decisão em Schmitt (*Cf.* 2017, p. 489 e ss.).

que a realidade dos juízes contradiria explicitamente sua caracterização como "a boca que pronuncia as palavras da lei, ou ainda a máquina de subsunção ou o autômato das leis" (2016, p. 17-18). Mais ainda, ele concede, sem dúvida alguma, que "com toda a evidência são apenas uns poucos os casos nos quais se pode verificar uma perfeita subsunção dos fatos do caso no texto legal" (2016, p. 18). Assim sendo, a exigência de conformação do juiz à lei – ideia "evidentemente superada" (2016, p. 21) – levaria, em última instância, ao problema da determinação do conteúdo legal – e em que medida o recurso aos mais diversos subterfúgios metajurídicos não tornaria ilegítima a atribuição do conteúdo resultante à lei da qual supostamente se partiu. É a partir dessa problemática que Schmitt interpreta toda a discussão da época centrada em torno da vontade da lei, da vontade do legislador e das fontes do direito.

Schmitt conclui, contudo, que tanto a problemática é um falso problema – em termos estrita e praticamente jurídicos – quanto à série de expressões cunhadas pelos mais diversos autores – além das já citadas vontade da lei e vontade do legislador, somam-se as "normas culturais", "sentimento de justiça", "sensibilidade jurídica" etc. – não passam de ficções utilizadas de modo a "ocultar a relação autêntica que liga a lei com a aplicação da lei" (2016, p. 58). De fato, essa relação é considerada de tamanha importância pelo autor ao ponto de tornar suspeitas qualquer menção a esses "fatores interpretativos" que, ao invés de servir a lei, sujeitando-se a ela, colocam-se às suas margens, de modo a "introduzir sempre novos conteúdos normativos, a modificar substancialmente aquele que era o conteúdo inicial da lei" (2016, p. 113).

Quanto à segunda conclusão, Schmitt a sustenta argumentando que, de um lado, aqueles que permanecem dogmaticamente vinculados à conformação do juiz a lei como único critério da correteza das decisões cometem um erro lógico: a "peculiaridade" do direito positivo, isto é, o fato de que quando esse vai de encontro àquilo que Schmitt denomina "determinidade jurídica"

(*Rechtsbestimmtheit*) – detidamente analisado logo adiante –, é particularmente difícil convencer da correteza de sua derrogação, e que, por conseguinte, "continua-se a se considerar de pronto correta aquela decisão (manifestamente) conforme a lei" (2016, p. 114), não permite concluir que todas as decisões corretas devam ser só e tão somente em conformidade com a lei. De outro, aqueles que de pronto afastam a exigência de conformação à lei como meio metodologicamente importante de se alcançar a correção da decisão e chegam, imediatamente, à elevação do juiz ao papel de legislador cometem um salto lógico: a insuficiência do direito positivo frente a todos e mais variados casos singulares com os quais se depara a prática jurídica não implica no completo ocaso da lei, nem muito menos em declarar o juiz como legislador (2016, p. 131).

Em outras palavras, para Schmitt, se por um lado a lei não é mais – ou, de fato, nunca foi – o único baluarte da correteza de uma decisão, isso não retira sua importância e não permite, portanto, equiparar a atividade judicativa à atividade legislativa, por outro, o fato da letra da lei continuar sendo "um importante edifício da determinidade jurídica" (2016, p. 143, nota 33) não implica na figura do juiz boca-de-lei – "O juiz não é, portanto, legislador nem – ao contrário – é visto como uma simples boca da lei" (2016, p. 128). A atividade do juiz em seu confronto com as leis positivas é, sem sombra de dúvidas, necessariamente produtiva (2016, p. 130, nota 24). Mas, para o autor, ela não é, de modo algum, criativa – no sentido que se atribui à legislação ou a outra qualquer "instância autônoma". Antes de "criar algum direito", o juiz "se remete ao direito, restando sempre sujeito ao princípio da determinidade jurídica", determinando-o "sempre como um indivíduo que participa na realização de uma obra da qual a prospectiva e força não dependem diretamente de si" (2016, p. 132).[5]

Começar pela segunda conclusão deixou entrever de que maneira Schmitt atribui às posições de seu tempo a compreensão equivocada

5 A proximidade dessa formulação com a proposta jurídico-metodológica de Ronald Dworkin se encontra explorada por Andityas Costa Matos e Diego Perini Milão (*Cf.* 2013).

relativa à primeira conclusão. Os partidários do juiz boca-de-lei e do juiz legislador encaram a prática jurídica de uma perspectiva "conteudística" – em que o problema essencial da decisão judicial seria a definição do conteúdo da lei ou do princípio metajurídico evocado. Entretanto, para o autor, "o fato do decidir é mais importante do que o modo em que se decide ou dos conteúdos específicos da decisão" (2016, p. 88), do mesmo modo que "dentro de *certos limites* é sempre mais importante o fato de que se tenha uma lei, mais ainda do que o fato de determinado conteúdo ter forma de lei" (2016, p. 65, ênfase adicionada). Porque, em suma, um "tal caráter de arbitrariedade conteudística é a bem da verdade presente em tudo quanto é direito" (2016, p. 66). Nas palavras de uma obra posterior, *Politische Theologie*, toda decisão jurídica concreta "contém um momento de indiferença da perspectiva do conteúdo, porque a dedução jurídica não consegue retornar aos últimos detalhes de suas premissas e porque as circunstâncias que chamam à decisão permanecem como um momento determinante independente" (2010, p. 30).

Mais ainda, essa indiferença quanto ao conteúdo é determinante para que Schmitt efetue a distinção entre a aplicação do direito e a ciência jurídica – de modo que o material da segunda, um sistema jurídico completo e livre de contradições, apareça apenas como meio para a finalidade da primeira, decidir o caso concreto (2016, p. 76). Mas, e quanto à legislação? A indiferença do conteúdo aparece como traço comum a ambas as atividades – ainda que para o legislador isso assim seja dentro de certos limites. Não obstante, Schmitt afirma categoricamente que as duas são tão diversas que "seus métodos não podem ser absolutamente os mesmos" (2016, p. 81, nota 19) – mesmo que, recente e historicamente, as duas atividades tenham se aproximado, isso em nada modificaria "a diferença de princípio que continua a subsistir entre elas" (2016, p. 88) – o que se infere dos materiais imediatamente relevantes seja para o legislador, seja para o juiz, a relação do ato produzido para com sua motivação e, finalmente, o critério pertinente à avaliação da prática jurídica – a já referida determinidade jurídica.

Primeiro, enquanto o legislador se baseia na experiência de numerosos casos reais e possíveis para redigir o texto da lei, o juiz tem sempre só um caso concreto diante de si. Segundo, a lei resultante da atividade do primeiro é plenamente autônoma frente ao seu material preparatório – sendo de todo irrelevantes para sua interpretação –, enquanto a relação entre decisão e motivação é de todo fundamental: "Nenhum juízo é de fato privado de fundamento, o fundamento acompanha a decisão" (2016, p. 89). O fundamento permite compreender o dispositivo da sentença, a construção dos fatos e sua individualização. Mas, sua principal função, a demonstrar "porque o problema da correteza de uma lei é outra coisa completamente diferente do problema da correteza de uma decisão, que sempre acontece enquadrada no interior de uma ordem jurídica dada" (2016, p. 89-90), reside "no nexo existente entre a correteza de uma decisão e as disposições da lei positiva", quer dizer, no fato de que necessária e normativamente "a decisão correta depende logicamente da lei", com a chamada "determinidade jurídica" sendo, justamente, o esclarecimento "do significado dessa dependência, de suas razões e seus limites" (2016, p. 90).

O juiz, segundo Schmitt, não é *legibus solubus* (2016: 60). Assim sendo, a correteza da decisão não depende, de modo algum, de sua personalidade (2016, p. 96, 126, 128) – ao contrário da legislação, residindo em um critério objetivo e autóctone[6] (2016, p. 93-94), a determinidade jurídica, o princípio normativo da prática jurídica traduzível na seguinte fórmula: "A decisão de um juiz deve ser hoje considerada correta quando se pode considerar que um outro juiz teria decidido do mesmo modo. 'Um outro juiz' significa aqui o tipo empírico do moderno jurista culto." (2016, p. 93). Uma decisão seria correta, desse modo, quando fosse previsível e calculável (2016, p. 141), isto é, quando a decisão a ser proferida por um juiz concreto é projetada de modo a corresponder com "a prática seguida de fato", devendo, naqueles casos em que discordar da opinião dominante, "se

6 Nas palavras de Schmitt (2016, p. 149), o termo autóctone é preferível ao termo autónomo porque o segundo poderia induzir ao erro, ao passar a impressão de que a prática jurídica, em última instância, seria equivalente à legislatura.

utilizar de argumentos suficientemente claros a dispor os motivos de sua divergência previsível e calculável" (2016, p. 102).

Essa vinculação da decisão singular a todas as outras tomadas por juízes empiricamente considerados, posta em coerência com a prática jurídica entendida em sua complexidade, carrega consigo, admite Schmitt (2016, p. 102), uma possibilidade de criatividade, no sentido de que a decisão ora oferecida pode "determinar efetivamente as ações de outros juízes", instaurando uma prática regular. Contudo, e o autor é bem claro a esse respeito, "em nenhum ponto da decisão o juiz estaria como que autorizado a proceder a uma avaliação totalmente livre e discricionária, seguindo suas inclinações subjetivas e suas convicções pessoais" (2016, p. 102). Muito pelo contrário, seu efeito propriamente criativo, de "produzir um convencimento geral" (2016, p. 125) aparece diretamente ligado à objetividade e abstração da prática jurídica, ao fato de que "a prática se justifica a si mesma" (2016, p. 111). A autoridade – "a força da decisão de se constituir como precedente" – de todo e qualquer juiz viria justamente desse fato, quer dizer, de que "resolvendo uma controvérsia se é estabelecido um precedente, e um dado juiz em seguida, devendo decidir novamente sobre uma controvérsia que apresenta características similares, deve pensar do mesmo modo que um outro juiz a ter julgado nessa mesma situação" (2016, p. 137). Ou, em outras palavras, de sua capacidade de determinar o direito a partir de uma postura que seja indiferente ao seu conteúdo.

Ao postular essa indiferença ao nível de princípio normativo a regular a realização da prática jurídica – em outras palavras, que a pouca importância e, por conseguinte, variabilidade do conteúdo legal diante das reiteradas decisões judiciais acaba por possibilitar sua previsibilidade e calculabilidade, em suma, a determinidade jurídica –, Schmitt consegue efetuar uma reconsideração, tanto do dogma da conformação da lei quanto do recurso a conteúdos metajurídicos na hora de decidir o caso concreto. Nesse diapasão, considerações quanto à conformação da decisão a um ideal de justiça ou ao sentimento jurídico passam a ter "valor simplesmente argumentativo" (2016, p.

112) – ainda que isso já seja bastante coisa, visto que, na concepção de Schmitt, a prevalência de um método interpretativo não deixa de ter um poder real[7], ao carregar consigo a capacidade de verter decisões corretas em eficácia "não inferior àquela que provém do conteúdo mesmo das leis formais" (2016, p. 117) –, e ao direito positivo, por sua vez, se reserva certo reconhecimento, por se tratar a subsunção do caso na lei do "meio mais seguro de se garantir que um outro juiz, encontrando-se na mesma situação, teria decidido do mesmo modo", tratando-se, em suma, "do ponto de partida mais seguro para se chegar à determinidade jurídica" (2016, p. 112, nota 15).

Assim sendo, desde seu primeiro posicionamento a respeito do tema, Schmitt muito se esforçou para tomar distância das duas concepções que considerava como diametralmente opostas, e igualmente equivocadas. Mais ainda, em seu esforço argumentativo, a importância da lei como ponto de partida e da subsunção como meio são uma e outra conservadas – ainda que como ficções úteis (*Cf.* 2016, p. 58, 61) – na elaboração da determinidade jurídica como princípio normativo autóctone da prática jurídica. Consequentemente, ao contrário do avançado por parte da literatura secundária, não parecem haver razões para se ler nas entradas posteriores a *Gesetz und Urteil* uma mudança de posição – e sim como que um aprofundamento, na medida em que Schmitt passa a desenvolver as consequências políticas da prática jurídica assim conformada e justificada, bem como seus limites frente a um contexto de transição. Aprofundamento esse e consequências essas às quais se dedica a seção seguinte.

7 É importante notar, contudo, que esse poder se faz sentir de maneira muito mais tênue e gradativa que o poder propriamente político, o que se dá, afinal, pelo modo objetivo e impessoal de seu exercício, dependente, em suma, do caráter convencional da auto-justificação da prática jurídica e, por conseguinte, das opções e tendências metodológico-interpretativas dominantes junto à profissão jurídica – uma e outra dimensões que vão conceitualmente resumidas por Schmitt no já discutido conceito de determinidade jurídica. Ainda nesse sentido, é possível relacionar a prevalência desse ou daquele método de interpretação com o grau de indiferença conteudística da prática jurídica em um dado contexto. Nas palavras de Schmitt, quanto mais as normas são aproximadas dessa indiferença, mais pungente se apresenta a interpretação literal, "dominante quase que exclusivamente em todos os casos nos quais a lei vai vista como um produto do querer arbitrário de um sujeito (particularmente de uma divindade" (2016, p. 90-91).

3.1.1. LEGALIDADE E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL NO ESTADO-DE-DIREITO BURGUÊS

O fantasma de Monstequieu, Schmitt escreve, "gostemos ou não, é o próprio espírito do Estado-de-Direito burguês, e desaparecerá apenas e com o próprio Estado-de-Direito burguês" (2015, p. 88-89, nota 20). As origens de seu aspecto fantasmagórico, por sua vez, podem ser de certo modo atribuídas ao *Freirechtsbewegung* (Movimento do Direito Livre), quando as caracterizações do juiz como a boca que pronuncia a lei e do poder judiciário como um poder nulo e quase inexistente passaram a ser interpretadas como resquícios de um racionalismo a encobrir ficcionalmente a realidade da prática jurídica, por apresentá-la sob a vestes de um efetivamente falso automatismo judicial. Se Schmitt concorda quanto à falta de verossimilhança de semelhante abordagem, o autor dificilmente parece aceitar sua vinculação seja a Montesquieu, seja ao Estado-de-Direito burguês como um todo – posição essa que, para além de uma estratégia polêmica para avançar suas preferências políticas quanto ao texto da Constituição de Weimar, tem um significado teórico duradouro em sua obra.

Prova de tanto é o espaço dedicado em seu estudo sobre a instituição da ditadura à defesa de Montesquieu frente as tentativas de lhe verter em um defensor do "automatismo da subsunção". Primeiro, Schmitt argumenta que o conceito de lei presente em Montesquieu é uma politização do conceito metafísico e científico de lei introduzido pela doutrina cartesiana, a se traduzir na concepção de que caberia ao Estado tão somente o estabelecimento de regras universais e abstratas, isto é, leis propriamente ditas, com os casos concretos individuais sendo decididos por subsunção (2013, p. 88). Segundo, essa exigência de que a lei fosse universal – e, portanto, imutável ou constante–almejava garantir "a uniformidade e predicabilidade na prática da lei, e, assim, por meio da segurança jurídica, a garantia da independência do juiz e a constituição da liberdade civil" (2013, p. 89).

Ao assim descrever a prática jurídica "como invisível e vazia em um certo sentido", Montesquieu teria em mente "a ideia dos jurados

ingleses" (2013, p. 89), segundo Schmitt. Dito isso, a continuidade com *Gesetz und Urteil* fica patente. Nessa obra anterior, em determinado momento, Schmitt pontua que aquilo que a determinidade jurídica coloca em destaque não seria de todo distinto da experiência dos juris populares medievais, regrada pela certeza de que suas decisões "estariam de todo aprovadas pelos pertencentes à classe", ainda que uma tal "certeza jurídica" então se manifestasse de maneira "sonâmbula", sonambulismo esse que seria insuficiente diante das "complexas relações que caracterizam a vida moderna" (2016, p. 115). Em seu lugar ter-se-ia uma consciente vinculação da decisão à lei, fundada na indiferença dos profissionais do mundo do Direito ante ao seu conteúdo, indiferença essa é que é sobremaneira possibilitada por sua constância, e que gera, por sua vez, previsibilidade e calculabilidade, a se traduzir na paradoxal mas necessária independência judicial.

Com isso se chega ao cerne da interpretação de Schmitt quanto ao judiciário – e também de sua objeção ao controle de constitucionalidade judicial. A objetividade típica à prática jurídica é fruto de sua indiferença decisória quanto ao conteúdo legal. Essa indiferença só é possível se suas decisões de casos concretos individuais são autenticamente vinculadas à legislação – isto é, o judiciário só consegue se manter independente se, concomitantemente, sustentar seu caráter não-político. Pode-se sugerir, assim, que Schmitt desenvolve suas considerações – tanto jurídico-metodológicas quanto teórico-constitucionais–com base em uma particularmente profunda compreensão do modo de constituição e identidade da comunidade jurídica – um processo que antecede em alguma medida o surgimento do Estado de Direito burguês e que, assim parece projetar o autor, continuará para além dele.

O "prestígio" e "dignidade" da forma jurídica e do judiciário estão vinculados à sua permanência em um âmbito puramente normativo (2008, p. 232) – uma outra maneira, argumenta-se, de Schmitt caracterizar a indiferença judicial frente ao conteúdo concreto das normas a serem aplicadas –, isto é, que sua independência

esteja calcada no fato de que "o juiz julgue seguindo uma norma de direito e que sua decisão não precisa ser feita com base em uma ordem concreta ou em serviço de um objetivo político" (2013, p. 214). Essa "representação fundamental da atividade judicial" restaria comprometida "se o juiz é usado como um meio para fins concretos prático-políticos e se o tribunal não toma decisões em acordo com normas justas definidas previamente, e sim com vistas a servir como o instrumento mais efetivo na conquista de um dado fim político em uma situação concreta" (2013, p. 215).

De fato, essa representação que Schmitt apresenta como fundamental pode ser destacada como ínsita à identidade dos juristas. Em outro contexto (1996b, p. 29-30), Schmitt caracteriza os juristas como os "teólogos da ordem existente", pontuando que, em razão de sua "superioridade formal", a jurisprudência consegue unir um complexo de interesses e tendências conflitantes, e, consequentemente, se aliar de maneira positiva aos mais variados e repentinos complexos de poder, desde que se tenha "o mínimo suficiente de forma 'para se estabelecer a ordem'". Em outras palavras: "Assim que a nova situação *permite o reconhecimento de uma autoridade*, ela providência os alicerces para uma jurisprudência" (ênfase adicionada).

Talvez a melhor maneira de acessar aquilo que Schmitt tem em vista ao escrever sobre o reconhecimento de uma autoridade – à atribuição de autoridade a um determinado sujeito concreto responsável por decidir quanto ao conteúdo da unidade política, com o que se constitui e ao mesmo tempo se desloca o "momento de validade" do direito, abstratizando-o, tornando-o indiferente frente à efetividade de sua aplicação – seja "desmistificando-o" (*Cf.* POSNER; VERMEULE, 2017). Com isso, pode-se dizer, Schmitt quer destacar o quão essencial é o caráter exclusionário da autoridade para a constituição da prática jurídica.[8] Isto é, a renúncia de uma criatividade direta e inten-

8 Assim sendo, da perspectiva da comunidade jurídica, as decisões de uma autoridade são interpretadas e deliberadas como manifestações de um tipo específico de razão, denominada por Joseph Raz como "razão exclusionária" (1999, p. 39-45, 62-65). Com isso se quer designar que as diretrizes – qualquer que seja sua modalidade, isto é, se uma obrigação, permissão ou

cional por parte dos juízes é pressuposto do prestígio de suas decisões, que se remetem de maneira abstrata e indiferente ao conteúdo da norma-geral-de-decisão (*Entscheidungsnorm*), entendendo-se com isso o particular modo jurídico de se traduzir as diretrizes da autoridade que se coloca enquanto tal, remissão essa que se avalia como correta ou não ao levar em consideração como outros juízes empiricamente considerados decidiriam em situações concretas semelhantes.

No Estado-de-Direito burguês essas normas-de-decisão se identificam, sobremaneira, ainda que não tão somente, com a lei. Seria, contudo, da essência da decisão jurídica que a norma-de-decisão seja apreensível de tal modo que seu conteúdo não careça de ulteriores determinações por parte do próprio julgador, em suma, que o julgador possa se manter indiferente a esse respeito – e que, por conseguinte, o elemento exclusionário permaneça exclusivamente como um suplemento necessário à norma para que se produza a coisa julgada (SCHMITT, 2015, p. 118). No contexto específico da legalidade

concessão – emitidas por uma dada autoridade, se autoritativas, têm o efeito de esvaziar ou excluir do momento de deliberação anterior à tomada de um determinado curso de ação de maneira antecipada quaisquer razões conflitantes, e, portanto, excluídas – de modo que essas razões não devam sequer ser levadas em conta, frente ou ante à diretriz autoritativa. A capacidade de uma autoridade, especialmente autoridades políticas, de coordenar um determinado número de indivíduos – de transformá-los, se se quiser fazer uma concessão a Hobbes, que tanto Raz quanto Schmitt efetivamente fazem, de multidão em povo – está intimamente ligada à essa dimensão exclusionária (*Cf.* RAZ, 1988), com a constituição de uma ordem legal sendo especificamente dependente de que seus juízes e cortes acreditem na validade e, consequentemente, no caráter exclusionário da ordem legal considerada como um todo, posição de fé essa, se se quiser, que vai apelidada como "ponto-de-vista jurídico" (*legal point of view*) (1999, p. 127-129, 159-160, 170-171). Os juízes, portanto, não podem eles próprios re-avaliar a todo momento as razões consideradas pela autoridade reconhecida ao emitir suas diretrizes, se se almeja configurar o mínimo de coordenação – e, schmittianamente falando, previsibilidade e calculabilidade. Nesse sentido, as consequências desenvolvidas por Raz a partir desse entrelaçamento entre judiciário e autoridade muito se aproximam da resposta oferecida por Schmitt para o problema da correteza das decisões judiciais. Para Raz (2009, p. 236 e ss.), faz-se necessário interpretar as leis, entendidas enquanto "estruturas de autoridade", por dois fatores: autoridade e continuidade – na medida em que as leis são fruto do respeito por uma autoridade legítima, ao decidir um caso o juiz deve fazê-lo a partir da lei do modo pelo qual ela foi posta pela autoridade, isto é, "ela deve se restar em uma interpretação da decisão das autoridades jurídicas que concorde com a intenção dessas autoridades"; do mesmo modo, na medida em que leis almejam garantir continuidade, elas devem ser interpretadas sem levar em direta consideração quaisquer mudanças factuais. Em suas palavras: "A dependência da autoridade leva à necessidade de se interpretar as decisões dessa autoridade" (2009, p. 238). Para, então, em movimento de todo próximo a Schmitt, submeter a precisão da "vontade legislativa" às convenções em voga naquele contexto, naquela cultura jurídica, para tanto (2009, p. 246): "A intenção legitima, mas a convenção interpreta" (2009, p. 298). Parece necessário, portanto, conceder que Schmitt acabe sendo ainda mais cuidadoso e preciso do que Raz ao acompanhar os efeitos estruturantes da autoridade do direito na prática jurídica

burguesa, esse estado-de-coisas condiciona a independência judicial e se manifesta na ficção útil da subsunção, enquanto meio destacadamente seguro de qualquer juiz chegar à determinidade jurídica.

Em *Gesetz und Urteil* (2016, p. 145), Schmitt indica a prevalência em número de "normas positivas claras, que enquanto tais atuam como sustentáculo da determinidade jurídica" frente a "normas metapositivas, menos claras", que assumem uma função auxiliar como um dos elementos implicitamente determinantes da normalidade necessária à realização da prática jurídica. Anos depois, em *Der Hüter der Verfassung*, essa relação entre normas positivas claras e normalidade vai explicitamente tematizada – e em clara continuidade para com a indicação anterior. Conceitos indeterminados, vagueza e mesmo liberdade judicativa (2015, p. 87, 107, 110, nota 58), são concebíveis desde que "a situação de normalidade pressuposta por qualquer norma possa achar uma regulação suficientemente clara e segura", ainda que na ausência de qualquer decisão legislativa ou governamental, ancorando-se nas convenções dos praticantes da ordem legal e da prática jurídica estabelecida. O fundamental é que as normas derivadas de todas essas mais diversas fontes continuem permitindo, em sua maioria, a realização de subsunções "determinadas e mensuráveis", por ser, afinal, a determinidade jurídica o fundamento de qualquer decisão ou controle judicial.

Portanto, a dimensão exclusionária da decisão autoritativa precisa ser continuada quando de sua aplicação para que o aplicador possa se eximir tanto de se interpretar decidindo politicamente quanto de assumir qualquer responsabilidade política – dirigindo-se, por conseguinte, aos outros membros de seu ofício (SCHMITT, 2016, p. 107-108) em busca de aprovação, dignidade e prestígio, e de modo a garantir a previsibilidade e calculabilidade da decisão, e não diretamente ao povo – esteja ele presente, esteja ele representado –, em busca de legitimidade. Ausente essa vinculação à autoridade mediada estruturalmente – a permitir a abertura à convenção –, tem-se a redução do judiciário à burocracia e a impossibilidade de qualquer prática jurídica. Do mesmo modo e mais ainda, se ausente a figura da

autoridade, nenhum ponto de vista jurídico – ao menos no sentido designado analítico-conceitualmente por Raz e sociológico-conceitualmente por Schmitt – é sequer possível.[9]

3.2. A MATERIALIDADE DA LEI E SUA DECADÊNCIA

A previsibilidade da prática jurídica depende da possibilidade de se construir a norma jurídica a viger o caso concreto – independentemente dos métodos interpretativos que se articule para tanto, ainda que se possa aduzir que a prevalência desse ou daquele método seja indicativa do estado da autoctonia da prática jurídica e da formalidade do direito – em total indiferença quanto ao conteúdo da lei, ou outra estrutura equivalente, à qual a norma se vincula. Onde a compreensão é possível e, por conseguinte, a interpretação é realizável, não há espaço para a decisão política (*Cf.* SCHMITT, 2013, p. 220). Mais ainda, é perfeitamente cabível argumentar que para Schmitt o papel de qualquer decisão política é justamente constituir essa situação de normalidade em que a ordem possa se estruturar. O soberano é aquele que decide sobre o estado-de-exceção porque sua decisão inaugura o excepcional, suspendendo a ordem vigente para realizá-la, na mesma medida em que o resolve e restaura a normalidade.

Todavia, quando as estruturas condicionantes da prática jurídica elas próprias deixam de avançar consigo o conteúdo estável e constante necessário à sua relativa autonomia, torna-se impossível

9 Um exemplo particularmente significativo, a comprovar a centralidade da existência de uma autoridade reconhecida enquanto tal, reconhecimento, por sua vez, que se traduz na vinculatividade de suas decisões, para a emergência de uma prática jurídica, é a experiência da democracia ateniense no período clássico. Como famosamente argumentado por Hannah Arendt, a noção de autoridade e as práticas engendradas por ela eram desconhecida entre os gregos (1961, p. 104-105). Interpretação essa que se confirma no funcionamento das assembleias de jurados atenienses, caracterizadas por sua prática decisória altamente discricionária, seletiva e imprevisível, e com um extenso rol argumentativo disponível aos contendores, que se utilizavam desde às consequências da decisão, à posição e passado políticos de seus adversários, bem como sua postura ao longo do desenrolar do conflito finalmente apresentado à assembleia (*Cf.* LANNI, 2006; COHEN, 1995). Assim, ausente a autoridade, impossibilitada a determinação exclusionária de quaisquer conteúdos legais. Logo, ausente a determinidade jurídica como princípio normativo, e, pode-se arriscar, até mesmo a possibilidade de se identificar uma prática jurídica com algum grau de autonomia. Em que pese a incontornável distância histórica, as consequências estruturais da prática decisória ateniense não deixam de projetar sugestões interpretativas para se acessar o desespero jurídico de Schmitt diante da democracia de massas, ao que se dedica a seção seguinte.

interpretá-las em normas jurídicas e, subsequentemente, decidir casos concretos individuais a partir delas. Ao contrário, só se pode efetivamente decidir politicamente a seu respeito – "Toda adjudicação está vinculada a normas e a possibilidade de adjudicação termina logo quando o conteúdo das normas elas próprias começa a ficar obscuro e disputável" (2015: 87). No caso da lei, como indicado acima, sua universalidade e abstração são intrínsecas à definição de seu conteúdo, de modo que, para Schmitt, ausentes uma e outra, estar-se-ia diante, na melhor das hipóteses, de uma lei meramente formal. Materialmente, contudo, há muito a estrutura normativa em questão teria deixado de ser uma lei propriamente dita.

A prática jurídica consolidada com o Estado-de-Direito burguês é de todo dependente de um conceito material de lei (2008, p. 176, 184-186; 2013: 86; 2015: 108-110). A tragédia dessa dependência, por sua vez, se desenrolaria em duas dimensões de todo entrelaçadas. A primeira delas diz respeito à concomitância de duas concepções de lei com o advento do Estado-de-Direito burguês, uma formal e outra material, com a prevalência da primeira sobre a segunda sendo central tanto na luta da burguesia parlamentar contra a monarquia quanto em seus esforços por eliminar quaisquer resquícios do político da vida em comum. (2008, p. 183-187, 190-191) A segunda, por sua vez, identifica o paulatino desaparecimento da distinção entre Estado e sociedade, a culminar na sua cada vez maior identidade, em que se tem aparecimento do primeiro como uma manifestação da auto-organização da segunda. (2015, p. 132)

A conclusão da tragédia é a sujeição – que implica, em última instância, na destruição do mínimo de representação necessário à operacionalidade do Estado democrático (2008, p. 247-248, 291) – do parlamento às suas maiorias cambiantes, advogadas de interesses econômicos e sociais. Com isso, as leis deixam de ser a estruturação representativa de decisões genuinamente políticas, porque, afinal, o político se encontra dissolvido na sociedade e, assim, o máximo de similaridade é realizado, porque o povo regressa de sua condição

político-existencial, identificando-se completamente em outras formas "menores" de existência – econômicas, culturais, ou mesmo vegetativas. (2008, p. 248). Em outras palavras, a legislação deixa de ser um importante sustentáculo, enquanto método historicamente situado de integração, da unidade política (2008, p. 195-196, 241), e passa a ser o veículo disfarçado de interesses faccionais.

Contrastada com a abordagem "espiritual" de Schmitt, não deixa de ser surpreendente a relação de proximidade, e mesmo de confirmação, que se pode identificar nos esforços histórico-sociológicos de Christopher Thornhill com os pormenores da dialética posta pelo primeiro (SCHMITT, 2015, p. 133). Por conseguinte, alguma dedicação ao argumentado por Thornhill, além de funcionar na mesma chave de "desmistificação", contribuirá com aportes empíricos para a leitura ora proposta de Schmitt. Para o sociólogo – tal qual inicialmente explorado a partir das considerações de Gilberto Bercovici, e bem como igualmente reconhecido pelos juristas da época, não sendo Schmitt uma exceção (*Cf.* BERCOVICI, 2003) –, após 1918 perpetua-se uma mudança estrutural na forma constitucional, em que sua legitimidade passa a depender não mais da estabilização dos limites sociais do Estado, e sim de uma "solidificação inclusiva" de sua base social altamente pluralizada (2008: 190). Essa virada rumo a um modelo "integral e materialmente igualitário" de legitimidade acabou, contudo, por engendrar intensas crises de legitimidade (2008, p. 191), sobretudo naqueles Estados que sequer se haviam consolidado autônoma e exclusionariamente enquanto tais (2011, p. 292-293) e que, não obstante, após a experiência da Primeira Guerra Mundial – a implicar em uma expansão do Estado sobre a sociedade e uma inclusão generalizada da população em razão do esforço de guerra (2011, p. 309) –, se viram obrigados a se adequar ao contexto da democracia de massas.

Ao se alçarem como centro de deliberação e resolução – em grande medida por sua constitucionalização – da totalidade dos conflitos sociais, os Estados europeus acabariam por sucumbir frente aos

mais diversos, antagônicos e potentes interesses sociais, fragmentando-se por meio de cada vez maiores concessões a atores privados, fragmentação essa que, para Thornhill (2011, p. 311), estaria de certo modo vinculada à própria estrutura dos direitos consolidados na nova forma constitucional. Sua abrangência e pluralidade teria erodido a capacidade dos Estados de se manterem em uma posição autônoma, abstrata e consistente – ou, em outras palavras, ao terem seu aspecto exclusionário abdicado, possibilitou-se por meio da estrutura dos direitos sociais a dissolução "da distinção jurídica específica do Estado, abrindo-o para agentes privados e promovendo instituições extensivas para o uso anteriormente privado dos meios de coerção pública" (2011, p. 316). Assim, a identificação do Estado com a sociedade teria culminado na destruição do "tecido normativo básico de abstração exclusionária e autonomia do poder político", permitindo sua reversão a um estado de coisas de todo próximo àquele anterior a emergência do Estado, em que sua aplicação se dava privadamente, dependente de uma série de particularismos (2011, p. 326). Consequentemente, uma série de estruturas autoritativas se fundiram de "uma maneira complexa e indiscriminada com setores não-políticos e grupos de interesse", abdicando, assim, de seu caráter político e, em última instância, de qualquer autoridade (2008, p. 194).

Deve-se destacar que o próprio Schmitt não é tão rápido quanto Thornhill em atribuir aos direitos sociais o fracasso daquilo que o segundo denomina por "corporativismo constitucional". Não obstante, o deslocamento tanto temporal quanto do âmbito de decisões políticas fundamentais, com o abandono de procedimentos constitucionais em prol da utilização particularista seja de estruturas autoritativas, seja da própria violência é um ponto de claro acordo entre os dois autores. Mais ainda, do mesmo modo que a lei perde sua materialidade, transformando-se no acordo temporário de maiorias parlamentares cambiantes, o judiciário, ao se valer de cláusulas gerais para evitar a aplicação de conteúdo legislativo desagradável aos interesses de classe do magistrado permitiu a instrumentalização da

comunidade jurídica sem que essa precisasse abdicar de sua postulação de independência – sua manutenção se tratando, no fundo, de uma importante característica, por promover a aparência de objetividade e generalidade a conquistas faccionais.

3.2.1. COMPROMISSOS DILATÓRIOS E DECISÃO JUDICIAL

Para Schmitt, esse duplo deslocamento a marcar a decadência do Estado-de-Direito burguês se manifesta, por excelência e a nível constitucional, não nos direitos sociais, necessariamente, mas sim nos chamados compromissos dilatórios. De fato, é justamente na judicialização dos compromissos dilatórios em que, segundo Schmitt, se destruiria a possibilidade mesma de se chegar a quaisquer decisões políticas e, por conseguinte, na manutenção da unidade política – e, ao mesmo tempo, se politizaria o judiciário, pondo fim ao seu "prestígio". Com isso se alcança, como indicado, o principal argumento do autor contra o controle judicial de constitucionalidade, a ser ora reconsiderado a partir da discussão precedente. Para tanto, destaca-se no que se segue três elementos, de todo entrelaçados, como a render a dimensão politicamente problemática de se alçar o judiciário ao posto de guardião da Constituição.

O primeiro elemento de sua argumentação se concentra na impossibilidade de se construir a partir dos compromissos dilatórios, via quaisquer métodos interpretativos, as já identificadas normas-de-decisão necessariamente anteriores à avaliação do caso concreto individual e de sua decisão judicial. (SCHMITT, 2015, p. 115) Ao contrário, a resolução das dúvidas, desacordos, contradições e ambiguidades inscritas nas provisões constitucionais se daria, necessariamente, pela determinação autêntica de seu conteúdo (2015, p. 116).

O segundo elemento diz respeito aos modos de se alcançar essa autenticidade. Em um contexto de democracia de massas, a determinação do conteúdo da Constituição tem uma implicação existencial que se resolve na identidade daquele que decide com aqueles quanto aos quais o destino é decidido (2008, p. 239 e ss.).

No aparato conceitual de Schmitt, o normativo termina onde o existencial começa (*Cf.* 2008, p. 37, 101, 271), e, por conseguinte, "tudo que o juiz faz como juiz é normativamente determinado e se distingue do caráter existencial do político, mesmo se sua prática deve produzir um efeito integrativo, como todo ato estatal de fato deve" (2008, p. 300). De modo que, mesmo em um estado democrático, "o juiz deve se manter independente", entendendo-se com isso sua já discutida vinculação a lei, "se ele deve continuar sendo um juiz e não um instrumento político" (2008, p. 300). Para decidir acerca das dúvidas e diferenças de opinião resultantes "das peculiaridades dos compromissos dilatórios formais", qualquer órgão que seja deveria autenticamente tomar "a decisão substancial então postergada pelo compromisso" (2008, p. 164), ao que, para Schmitt, de modo algum se prestaria a forma jurídica, sem com isso alcançar sua destruição por vias de sua politização (2008, p. 164).

A forma jurídica se prestaria, no entanto, para revisar a validade da legislação naqueles casos em que a construção de normas-de-decisão fosse possível, por não se exigir, nesses casos, uma decisão "em sentido genuíno" (2008, p. 232; 2015: 118). Ausente essa possibilidade, "a única coisa que realmente pode ser posta em questão, de um ponto de vista jurídico, em todo e qualquer pronunciamento a respeito de uma disputa constitucional, é *quis iudicabit*, isto é, a questão de quem decide, e não a pseudo-normatividade de um procedimento judicial" (2015, p. 100). Essa inadequação se configuraria pelo "efeito paralisante da forma jurídica", isto é, o fato dela se apresentar como um "meio confiável de trazer inefetividade política" (2015, p. 97). E isso porque toda "decisão judicial autêntica chega sempre *post eventum*", ou, se se preferir, o tempo do direito é diferente do tempo da política – o direito "sempre chega muito tarde politicamente" (2015, p. 103) –, com toda e qualquer possível invenção introduzida com vistas a corrigir esse descompasso – sendo as liminares o exemplo explicitamente indicado por Schmitt – alçando o juiz a uma posição necessariamente política, em que considerações a respeito das circunstâncias factuais

terão prevalência sobre a determinidade jurídica, com o risco iminente de se converter a decisão judicial em uma medida ditatorial encoberta pelo véu da independência judicial (2015, p. 102).

O terceiro e último elemento consiste, portanto, no fato de que decisões judiciais politicamente tomadas dificilmente conseguiriam chegar a uma decisão e resolução autênticas do conflito engendrado, postergando-o mais uma vez. Seja pela continuidade da indecisão, seja pelo avanço desses ou daqueles interesses faccionais, contornável por seus antagonistas igualmente faccionais quando alterada a composição da corte, em uma "atualização de sua jurisprudência, de um lado, e sem se poder responsabilizar politicamente aqueles que assim decidiram, de outro – em razão de sua inamovibilidade, vitaliciedade, enfim, de sua independência judicial.

Curiosamente, Schmitt parece interpretar a atuação da Suprema Corte americana justamente nesses termos. Em suas palavras, esse tribunal se configuraria não como um guardião da unidade política manifesta na Constituição, e sim da "ordem econômica e social indisputável por princípio" (2015, p. 81) frente ao Estado – como um guardião da sociedade, portanto –, o que informaria tanto o conteúdo dos princípios gerais e considerações fundamentais então utilizados – e que, de modo algum, se equipariariam a normas-de-decisão – quanto à postura da corte americana entre o séc. XIX e o séc. XX no tocante à legislação social – especialmente no que diz respeito a direitos trabalhistas. Em outras palavras, se a forma jurídica se mantém, e Schmitt admite de pronto que esse é o caso estadunidense (2015, p. 80), à revelia de se assumir o papel autenticamente político da corte, tem-se como principal consequência a manutenção do *status quo* social e econômico querido pelas elites faccionais em disputa, a partir do qual umas e outras podem avançar paulatinamente seus projetos sob o falso manto da determinidade jurídica e em detrimento da vontade popular.

Nesse estado-de-coisas em que Schmitt interpreta a configuração institucional perfeita para se concluir a minimização do político diante do econômico e social, Thornhill – talvez com a

benção do voo da ave de Minerva, talvez nem tanto – enxerga uma importante e sofisticada solução para a problemática da decadência parlamentar em um contexto de democracia de massas. Para o sociólogo, no pós-Segunda Guerra, a exclusão de qualquer vinculação da legitimidade do Estado com projetos de transformação social nos moldes das experiências constitucionais anteriores (2011, p. 336-337) veio acompanhada da construção de cortes constitucionais projetadas como garantidoras de direitos clássicos e liberais, o que permitiu aos Estados pressuporem na lei "uma condição normativa estável de sua legitimidade, de modo que o apoio jurídico expresso poderia ser invocado na implementação de decisões politicamente contestadas" (2011, p. 339). Assim sendo, as cortes constitucionais promoveriam a manutenção da separação entre a política ordinária e a política constitucional, aliviando o Estado no que diz respeito à necessidade de geração contínua e independente de legitimidade e facilitando os processos de legitimação legislativa (2011, p. 339).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Valendo-se do aparato conceitual precisado nas páginas anteriores, a presença de compromissos dilatórios no texto constitucional somada aos efeitos politicamente paralisantes da forma jurídica não precisa necessariamente implicar na sua concomitante politização e desprestígio. O desafio de se contornar a ausência de conteúdo substancialmente decidido dos compromissos dilatórios é respondida por uma transformação da metodologia jurídica, em que os direitos fundamentais substituem a lei como ponto de partida para a correteza das decissões, com outros modelos decisórios que não a subsunção, como o sopesamento no caso alemão, passando a ser articulados pelos magistrados como meios efetivos a possibilitar a auto-regulação da prática jurídica, de modo a permitir a manutenção do parlamentarismo e do Estado-de-Direito burguês como um todo, ainda que em um contexto de pluralismo conflitante e disputas faccionais. Outra maneira de dizê-lo seria que as *arcana imperii* – entendendo-se por isso, nas palavras

do próprio Schmitt, "métodos aqueles utilizados para manter o povo pacificado, em conformidade com as diferentes formas de governo" (SCHMITT, 2013, p. 11) – da forma jurídica se mostraram mais eficazes que as negociações a portas-fechadas e as encenações em público, como as eleições periódicas, do parlamentarismo no contexto da democracia de massas. (*Cf.* SCHMITT, 2008, p. 274, 306).

Torna-se possível, entretanto, perguntar em que medida a determinidade jurídica continuaria efetiva enquanto princípio normativo exclusivo de regulação da prática jurídica. Em paralelo à calculabilidade e previsibilidade das decisões, com seu pressuposto incontornável calcado na possibilidade de se construir normas jurídicas, normas-de-decisão, indiferentes quanto ao conteúdo materialmente estável da legislação, a efetivação de direitos fundamentais, seja em termos de "mandamentos de optimização", seja pelo nome de uma "doutrina brasileira da efetividade", passa a ser um critério igualmente praticado para se aferir a correteza decisões, critério, afinal, que deixa a esfera do normativo e abre ao judiciário a possibilidade de explicitamente levar em consideração toda uma gama de situações factuais de difícil delimitação nos termos de uma controvérsia judicial remissível a uma norma-de-decisão previamente definida. Abertura a qual não só leva os juízes a lidarem diretamente com a opinião pública – e não e tão somente entre si, voltados para os demais juízes empiricamente considerados – como também dificilmente não vinga em mecanismos de seletividade e inconsistência decisória muito frequentemente associados ao fenômeno do ativismo judicial.

Para além de Schmitt, a explicação de suas nuanças conceituais possibilita a formação de um aporte diferenciado e de maior potencial explicativo para o fenômeno do ativismo judicial – não obstante sua testagem empírica ficar restrita a um outro momento. Propõe-se, provisoriamente e a partir do discutido, que o ativismo judicial deve ser interpretado de uma perspectiva estrutural – isto é, na medida em que a forma jurídica é mantida em conflito com a prática politizada dos tribunais, a veste da correteza das decisões judiciais se mantém pelo

desenvolvimento de mecanismos de seletividade e assimetria argumentativa, os quais, por sua vez, permitem ao judiciário como um todo o recurso seletivo à opinião pública como um modo de se legitimar.

Em outras palavras, quando a Constituição deixa de ser a Constituição do Estado, constitucionalizando-se a totalidade dos conflitos sociais em seu texto, e passa a ser a Constituição da sociedade, decisões políticas se confundem com interpretações jurídicas no âmbito jurídico-processual, de modo que o judiciário passe a ser interpretado não mais e exclusivamente por sua vinculação às normas-de-decisão derivadas da lei e de outras estruturas autoritativas, e sim pela sua capacidade de transformação da realidade e inclusão material e social, sujeitando-se à lógica de legitimidade da democracia de massas. Ao mesmo tempo, contudo, o judiciário perde, materialmente, sua independência – ainda que essa continue sustentada como um importante trunfo nos conflitos faccionais – e, por conseguinte, se vê objeto de disputas pelos mais diversos grupos sociais.

Nesse contexto, a seletividade e inconsistência decisórias passam a ser imprescindíveis, por permitirem concomitantemente que a corte constitucional legitime a si própria – nas raras vezes em que efetivamente decide politicamente – e ao *status quo* – nos demais momentos em que é instrumentalizada por grupos corporativos –, sem que uma e outra operações sejam interpretadas como frontalmente contraditórias.

REFERÊNCIAS

ARAUJO PINTO, Cristiano Otávio Paixão. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no Constitucionalismo Contemporâneo*: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito. 2004. 417 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

ARENDT, Hannah. What is authority? In: ARENDT, Hannah. *Between past and future*: six exercises in Political Thought. Nova Iorque: Penguin Classics, 1961, p. 91-142.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. (orgs.) *História do Direito em*

perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado Total e o Estado Social*: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. 172 f. Tese (Livre-Docência) – Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

BRANCO, Pedro Hermínio Villas Bôas Castelo. Decisão como mediação e representação em Carl Schmitt. *Revista de Filosofia Aurora*, v. 29, n. 47, p. 481-502, 2017.

BUENO, Roberto. Carl Schmitt x Hans Kelsen: defensor ou senhor da Constituição? *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 60, n. 3, p. 103-136, 2015.

BUENO, Roberto. *Uma interpretação conservadora revolucionária do político e da ditadura*: o potencial totalitário de Carl Schmitt. 1571 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

COHEN, David. *Law, Violence, and Community in Classical Athens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

FARIA, José Eduardo. *O Brasil Pós-Constituinte*. São Paulo: Graal, 1989.

FRANCO DE SÁ, Alexandre Guilherme Barroso de Matos. *O poder pelo poder*: ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder. 729 f. Dissertação (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2006.

GALLI, Carlo. *Genealogia della politica*: Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno. Bolonha: Il Mulino, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. de William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad. por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 139-178, 2009.

LANNI, Adriaan. *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional Crises. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 157, n. 3, p. 707-753, 2009.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. What are the facts of Marbury v. Madison? *Constitutional Commentary*, v. 20, p. 255-281, 2003.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. *O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar*. 418 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2007.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; Milão, Diego Antonio Perini. Decisionismo e Hermenêutica Negativa. Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Sequência*, v. 34, n. 67, p. 111-137, 2013.

PAULSON, Stanley. Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the "Guardian" Controversy of 1931. In: MEIERHENRICH, Jens; SIMONS, Oliver. (eds.) *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p.

510-546.

RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*: On the Theory of Law and Practical Reason. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

SALGADO, Joaquim Carlos. Prefácio. In: SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Trad. de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007a.

SCHMITT, Carl. *Legge e giudizio*: uno studio sul problema della prassi giudiziale. Trad. De Emanuele Castrucii. Milão: Giuffrè, 2016.

SCHMITT, Carl. The guardian of the constitution. Trad. de Lars Vinx. In: VINX, Lars. (ed.) *The Guardian of the Constitution*: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 79-173.

SCHMITT, Carl. Dictatorship. Trad. de Michavel Hoelzl e Graham Ward. Cambridge: Polity Press, 2013.

SCHMITT, Carl. *Political Theology*: Four Chapters on the Concept of Sovereignty. Trad. de George Schwab. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.

SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Trad. por Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Trad. de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007a.

SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*. Trad. de George Schwab. Chicago: The University of Chicago Press, 2007b.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Trad. de Inês Lobbauer. São Paulo: Scritta, 1996a.

SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and political form*. Trad. de G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996b.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo, v. 250, p. 197-227, 2009.

STOURZH, Gerald. Constitution: Changing Meaning of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century. In: _____. *From Vienna to Chicago and Back*: Essays on Intellectual History and Political Thought in Europe and America. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

THORNHILL, Christopher. *A Sociology of Constitutions*: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

THORNHILL, Christopher. Towards a historical sociology of constitutional legitimacy. *Theory and Society*, v. 37, n. 2, p. 161-197, 2008.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, v. 37, p.

523-553, 2004.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. Demystifying Schmitt. In: MEIERHENRICH, Jens; SIMONS, Oliver. (eds.) *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 612-627.

MANDADO DE INJUNÇÃO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Wagner Vinicius de Oliveira[1]

Álvaro Roberto Gondim Fernandes[2]

1. INTRODUÇÃO

Com o término dos regimes autoritários, em meados da década de 1.980, a República Federativa do Brasil reclamou por uma nova Constituição que fosse capaz de assegurar direitos e garantias fundamentais, bem como a sua efetividade. Assim, no ano de 1.987 foi realizada Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988) e em 05 outubro de 1.988 vigorou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988–CRFB/88, entendida como um arauto de esperança dos(as) cidadãos(ãs) perseguidos(as) pela ditadura civil-militar. Se bem que os processos de edificação dos sentidos constitucionais ultrapassam as mencionadas fronteiras, estes lapsos temporais funcionam tão-somente como um referencial histórico.

Junto à CRFB/88, surgem novos direitos, garantias e instrumentos jurídicos capazes de garantir, ao menos em tese, aos(as) brasileiros(as) a fruição desses direitos. Muito embora, um texto positivo, ainda que de matriz constitucional, isoladamente considerado não é capaz de assegurar "eficácia e plena fruição" aos(as) destinatários(as) finais da norma constitucional que é extraída pela

1 Graduado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais–PUC Minas (2016), Mestrando em direito pela Universidade Federal de Uberlândia–UFU, Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior–CAPES, Advogado. *E-mail*: wagner.vinicius@sga.pucminas.br

2 Graduado em direito pelo Centro de Ensino Superior de Catalão (2016). *E-mail*: gondin.alvaro@gmail.com

interpretação e aplicação do Texto Constitucional. Conforme se sabe, a Constituição da República de 1.988 possui disposições que exigem complementação ou desdobramentos a serem realizados pelo legislador infraconstitucional para que se possa lançar mão de seus direitos e garantias fundamentais.

Porém, a ausência de regulamentação infraconstitucional pode acarretar lesão aos direitos constitucionalmente assegurados. Para superar eventuais omissões legislativas surge o mandado de injunção, instrumento processual entabulado no rol dos direitos e garantias fundamentais que assegura a qualquer pessoa que tenha seu direito lesado, em tais circunstâncias, buscar alternativas para às liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e cidadania.

O presente artigo busca realizar um estudo acerca do mandado de injunção e sua evolução jurisprudencial e normativa dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A mola propulsora dessa pesquisa consiste em investigar se seria possível pensar o mandado de injunção como um instrumento para a efetivação e a promoção dos direitos e garantias fundamentais? Para oferecer uma resposta a essa questão propõe-se uma incursão no tema do ponto de vista empírico e normativo na experiência histórica brasileira.

Realizada a contextualização específica, seguida da apresentação da situação-problema, tem-se como hipótese de trabalho (resposta provisória) que o mandado de injunção é um relevante instrumento jurídico capaz de viabilizar direitos e garantias fundamentais. E, como tal deve ser entendido como necessário, porém, insuficiente para comportar a complexidade dos desafios de concretização dos direitos e garantias fundamentais na experiência constitucional brasileira, que não se resume ao texto positivado em 1.988.

Para essa empreitada cabe (re)pensar a capacidade das atividades legiferante e jurisdicional em oferecer respostas para as demandas sociais levadas à apreciação, da mesma forma, sobre o comprometimento

e a efetividade da separação das funções.[3] Nesse sentido, Godoy (2015, p. 211), constata que "[...] um modelo de separação entre os Poderes que privilegia a disputa ao invés de promover o diálogo entre as instituições, especialmente entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo." Concretamente, o que se vislumbra é traçar os contornos iniciais para uma perspectiva atualizada para os posicionamentos institucionais frente a omissão de instrumentos normativos e sobre a efetividade da Constituição da República de 1.988.

Nessa pesquisa, o objetivo geral é compreender a historicidade do mandado de injunção dentro da experiência brasileira. De modo mais específico, objetiva-se: (*i*) traçar as linhas iniciais sobre as origens históricas do mandado de injunção no direito brasileiro; (*ii*) demostrar as distinções entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; (*iii*) esboçar uma teoria dos diálogos interinstitucionais como provável resposta para o impasse da mora legislativa; (*i*) descrever a (r)evolução dos entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal acerca do mandado de injunção.

Diante disso, os procedimentos metodológicos consistem na utilização de levantamento em materiais bibliográficos (livros, revistas, teses e dissertações etc.), normativos (Constituição da República de 1988 e na Lei n. 13.300/2016) e jurisprudenciais, submetidos ao método lógico indutivo. Isso quer dizer que o material teórico exploratório deve ser conjugado com o suporte empírico para orientar a investigação sobre a experiência brasileira do mandado de injunção. Para tanto, esse artigo é processado em três seções, quais sejam: a primeira consiste numa breve introdução sobre a origem do mandado de injunção, a segunda concentra-se nas distinções entre o referido instituto e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por fim, na terceira seção, procede-se testagem da hipótese inicialmente apresentada mediante a realização de um estudo jurisprudencial sobre o tema.

3 Opta-se pela expressão "separação das funções" (Executiva, Legislativa e Judiciária) ao invés da equivocada "separação dos Poderes" (vide parágrafo único, art. 1º, CRFB/88).

2. LINHA HISTÓRICA-EVOLUTIVA: SOBRE AS ORIGENS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Para que se possa compreender adequadamente as ideias trabalhadas nesse artigo, revela-se prudente realizar um levantamento bibliográfico sobre o mandado de injunção com o fim de subsidiar uma visão global. Segundo Silva (1990, p. 397), baseando-se nas lições de Publisher, o surgimento do mandado de injunção se deu na Inglaterra no séc. XIV, sob a forma da *equity*, que buscava o juízo da equidade para suprir a falta de regra legal, quando o sistema consuetudinário anglo-saxão não oferecesse uma efetiva proteção aos direitos e as garantias fundamentais.

Avançando um pouco mais, para Quaresma (1995, p. 32) o mandado de injunção advém do *writ of injuction* do direito inglês e norte-americano. Já no entendimento de Santos (1988), possui origem no instituto da *injonction* do direito francês, o qual é utilizado como um mandado proferido pelo magistrado à autoridade pública. Por seu turno, Duarte (1990) cita o instituto do direito alemão *verfassungsbeschwerde*, utilizado quando o indivíduo for prejudicado quanto ao exercício de seus direitos fundamentais, desde que não haja outro meio processual de garantir o seu exercício. Esse último entendimento também foi apresentado pelo Supremo Tribunal Federal–STF. (BRASIL, 1990)

Em sentido contrário, Meirelles (1989) sustenta que o mandado de injunção não adveio do direito norte-americano e inglês, sendo semelhantes apenas na nomenclatura.

> [...] referida ação, no direito anglo-saxônico, tem objetivos muito mais amplos que no nosso, pois que, na Inglaterra e nos Estados Unidos, o 'writ of injunction' presta-se a solucionar questões de direito público e privado, sendo considerado um dos remédios extraordinários ('extraordinary writs: mandamus, injunction ou prohibition quo warranto', e 'certiorari', oriundos da 'common law' e da 'equity').

De igual forma, Ferreira Filho (2008, p. 324) pontua que "[...] não se consegue identificar no Direito comparado a fonte de

inspiração do legislador constituinte, embora medidas com o mesmo nome possam ser encontradas, por exemplo, no Direito inglês e no Direito Italiano." Outrossim, para Machado (2004) é um instrumento processual único, não se identificando com nenhum outro instrumento processual existente em outros ordenamentos jurídicos.

Conforme se percebe, não há consenso sobre as origens ou influência do direito alienígena, portanto, parece acertado concluir que cada Estado nacional o configura ao seu modo para atender as suas peculiaridades e a tradição de um instituto jurídico para suprir a ausência de enunciado normativo. Alguns dos apontamentos acima realizados soam estranho e, até mesmo problemáticos, quando confrontados com a experiência de países de tradição de direito não legislado, a exemplo do sistema inglês, ou em países que preservam uma desconfiança histórica no Judiciário, a exemplo do sistema francês, que conforme se sabe atribuiu maior peso a atividade legislativa. Por isso, guarda-se algumas ressalvas aos entendimentos apresentados.

Para cumprir o propósito de exemplificar a tese acima apresentada, cabe ilustrar com um exemplo mais próximo da realidade latino-americana, como é o caso da recente experiência peruana. Dentro das ações de garantias constitucionais (*Acciones de Garantía Constitucional*), previstas na Constituição Política do Peru de 1.993, tem-se a ação de amparo, nos termos do art. 200, inciso 2, que se "[…] procede contra ação ou omissão, por parte de qualquer autoridade, funcionário ou pessoa, que vulnera ou reduz os demais direitos reconhecidos pela Constituição [...]" (PERU, 1993). Seguramente, tem-se uma ação mais ampla[4] do que o modelo brasileiro, conforme passa-se a expor.

Nos termos do art. 5º, LXXI, CRFB/88, "concederseá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; " (BRASIL, 1988). Paradoxalmente, desde 1.988 até 2.016, passou cerca

4 Conforme dispõe o art. 37 do Código de Processo Constitucional (*Ley n. 28237, Código Procesal Constitucional*), essa ação comporta precisamente 25 espécies de direitos protegidos.

de vinte e oito anos sem que houvesse lei infraconstitucional específica que disciplinasse o mandado de injunção,[5] todavia o regramento da matéria ocorria consubstanciado nos entendimentos jurisprudenciais do STF, conforme se verá mais à frente na seção 5. *A (r)evolução dos entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal*.

Diante da inovação trazida pela Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016,[6] relativamente recente, faz-se pertinente apresentar, ainda que de modo sintético, suas principais características. Assim, ao possibilitar as modalidades de omissão "[...] total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania." (BRASIL, 2016), o artigo segundo da citada Lei praticamente repete a disposição constitucional. O parágrafo único do citado artigo complementa: "Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente." (BRASIL, 2016).

O art. 3º, estabelece como legitimados ativos, "[...] como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º" (BRASIL, 2016), bem como a legitimidade passiva "[...] como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora." (BRASIL, 2016). As consequências do "estado de mora legislativa" estão implicadas nos incisos I e II, art. 8º, que estabelece o deferimento da injunção para:

> I–determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
>
> II–estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. (BRASIL, 2016).

5 Conforme se sabe, era regido pela Lei n. 8.038/1990, lei do mandado de segurança.

6 Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.

A regra contida no parágrafo único do art. 8º, determina a subsidiariedade do preceito mandamental em relação ao exercício dos direitos e garantias fundamentais, pois, "Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma." (BRASIL, 2016).

Devido ao caráter subjetivo do mandado de injunção individual a regra estipulada pelo art. 9º é que "A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora." (BRASIL, 2016). Contudo, nos termos do parágrafo primeiro, "Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração." (BRASIL, 2016).

Cabe acrescentar que a inovação legislativa traz em seu bojo a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão, em situações análogas, mediante decisão monocrática do(a) relator(a) do processo, segundo art. 9º, § 2º da referida Lei. Conforme se sabe, o "indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios." (BRASIL, 2016), segundo dispõe o § 3º do mencionado artigo.

O art. 10, *caput*, autoriza a relativização da coisa julgada, ressalvados os efeitos anteriormente produzidos, desde que "[...] sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito." (BRASIL, 2016). Pela experiência prática há expressa previsão de prejudicialidade do mandado de injunção, segundo o parágrafo único do art. 11, "[...] se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito." (BRASIL, 2016).

Outra significativa inovação trazida pela Lei n. 13.300/2016, em seu art. 12, é a possibilidade de o mandado de injunção ser impetrado coletivamente. Cujos quatro incisos definem a legitimidade ativa para impetração dessa modalidade, a saber: (*i*) pelo Ministério

Público; (*ii*) por partido político com representação no Congresso Nacional; (*iii*) por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano; (*iv*) pela Defensoria Pública.

De tal modo, em linhas gerais, traçou-se as ideias iniciais sobre as origens históricas do mandado de injunção no direito brasileiro e, como visto, permanece em movimento. Todavia, a simples descrição, teórica e normativa, embora seja necessária para a compreensão do tema não é apta a responder satisfatoriamente a situação-problema apresentada. Compete complementar essa tarefa com as distinções entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que aparentemente possuem as mesmas finalidades.

Além disso, busca-se lançar severas dúvidas tanto as respostas institucionais, quanto a efetividade do mandado de injunção para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Tarefas a serem desenvolvidas nas próximas seções.

3. DISTINÇÕES ENTRE O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

Das linhas pretéritas, viu-se que o ponto central é a supressão da ausência de determinação legislativa, total ou parcial, capaz de inviabilizar o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Mas, numa primeira leitura do Texto Constitucional de 1.988 vislumbra-se a possibilidade de preenchimento dessa lacuna legislativa mediante a utilização de outro instrumento. Fala-se, portanto, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão que possui, em princípio, com idêntica finalidade do mandado de injunção.

Certamente, há sólidas razões para a existência de ambos os institutos jurídicos com objetivos próximos, nessa seção, busca-se destacar suas distinções. Em que pese ambos os instrumentos possuírem lastro constitucional a localização topográfica e natureza

jurídica são bastante distintas. O mandado de injunção encontra-se positivado no Título II–Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I–Dos direitos e deveres individuais e coletivos, precisamente no art. 5º, LXXI, CRFB/88.

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão localiza-se no Capítulo III–Do poder judiciário, Seção II–Do Supremo Tribunal Federal. O contraste é expressivo. Segundo determina o art. 103, § 2º "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazêlo em trinta dias." (BRASIL, 1988).

Conforme explica Fulgêncio (2015, p. 21), o objetivo colimado pela ação direta é "[...] contribuir para que os direitos constitucionais não fossem esvaziados pela inércia legislativa em promover a sua regulamentação." Nesse ponto, ocorre aproximação entre os institutos jurídicos em comento, porém, outra diferenciação reside na "legitimidade ativa, de efeitos decisórios e de tipo de argumentação envolvida no processo." (FULGÊNCIO, 2015, p. 21). Tais características fazem com que o mandado de injunção se diferencie sobremaneira das ações objetivas (abstratas) de controle judicial de inconstitucionalidade.

A causa de pedir apresenta-se radicalmente distinta, uma vez que se pretende a declaração de inconstitucionalidade na modalidade omissiva, ao passo que conforme visto, no caráter subjetivo do mandado de injunção, ainda que coletivo, pretende-se, para além disso, "estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos" (art. 8º, II, Lei n. 13.300/2016). Ademais, possuem regramentos infraconstitucionais específicos.[7]

Um debate acerca das razões políticas da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é estabelecido por Fulgêncio (2015, p. 28) que, por sua vez, baliza a afirmação referente a "[...] impossibilidade

7 Lei n. 12.063/2009, acrescenta à Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

de o Poder Judiciário desempenhar, por meio da ADO, uma intervenção mais intensa no exercício das atribuições conferidas aos demais Poderes estatais seria a causa da inefetividade do instituto." Todavia, por razões de espaço, estas questões não serão aqui aprofundadas. Em verdade, a chamada "omissão parcial" nada mais é do que a inadequação de um ato legislativo existente, não necessariamente caracteriza uma omissão, propriamente dita, no entanto, a opção legislativa aponta para outro sentido.

Integram também as conclusões de Fulgêncio (2015), a existência de uma pauta corporativa voltada para fins de prevalência de questões remuneratórias dos(as) servidores(as) públicos(as), a seletividade das ações admitidas travestidas como critério jurídico da pertinência temática, dentre outras constatações ligadas à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Com base na pesquisa empírica realizada o autor sustenta que a ação de controle concentrado de constitucionalidade é "frequentemente utilizada por atores políticos" para criar "um campo político propício a uma alteração legislativa." (FULGÊNCIO, 2015, p. 150), pois, em geral, "[...] o simples ajuizamento da ADO tem funcionado como fator relevante de indução à prática das providências necessárias para suprir as omissões questionadas [...]" (FULGÊNCIO, 2015, p. 112).

Para agregar outros argumentos e, fazer avançar o debate acerca do mandado de injunção deve-se trazer à tona a principal característica que se infere das considerações até agora apresentadas. Pressupõe-se que o mandado de injunção é um instrumento capaz de aperfeiçoar o ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, assegurar e efetivar os direitos e as garantias fundamentais. Para averiguar a consistência dessa afirmação, torna-se inescapável enfrentar dois pontos, quais sejam: (*i*) como harmonizar uma postura concretista atribuída ao Judiciário dentro do Estado democrático de direito, especialmente demarcado pela separação das funções? E, (*ii*) qual seria o papel desempenhado pelo STF? Para tanto, desenham-se respostas nas seções quatro e cinco, respectivamente.

4. TEORIA DOS DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS COMO PROVÁVEL RESPOSTA PARA O IMPASSE DA MORA LEGISLATIVA

Ao pensar o mandado de injunção como um dos instrumentos para a efetivação e a promoção dos direitos e garantias fundamentais implica conferir uma postura concretista à função judicial e, até mesmo uma certa sobreposição as demais funções. Exsurge o desafio de harmonizar essa missão dentro do Estado democrático de direito. Nesse movimento, bastaria pensar a seguinte equação: (*i*) existe um direito constitucionalmente assegurado, condicionado a edição de lei infraconstitucional; (*ii*) ocorre mora legislativa injustificada que, por sua vez, inviabiliza o exercício desse direito; (*iii*) incumbe ao Judiciário, via mandado de injunção, assegurar esse direito estabelecido pela Constituição. Ora, o resultado parece simples: basta o STF estipular (impor) a edição da lei e, em casos extremos, implementar diretamente esses direitos.

Porém, essa equação não se resolve de forma excessivamente simplificada, pois, o resultado apresentado contrasta-se com a ideia de separação das funções, essencial ao modelo democrático. Do contrário, ter-se-ia aquilo que Hirschl (2010, p. 90) chamou de juristocracia (*juristocracy*), isto é, o governo dos juízes.

Restou consignado na parte introdutória desse artigo a necessidade de se repensar a separação das funções colocada de modo adversarial. Conforme já se disse, busca-se desenhar uma teoria dos diálogos interinstitucionais como provável resposta para o impasse da mora legislativa, sem que as autoridades no exercício de suas funções se sobreponham à Constituição e ao próprio povo. Eis o dilema a ser enfrentado, sem a pretensão de solucioná-lo de forma peremptória, mas, tão-somente fornecer respostas provisórias e aproximativas.

Nesse cenário, Godoy (2015) realiza estudos acerca das teorias que se ocuparam do comportamento dos tribunais constitucionais, dentre elas destaca-se a "defesa do silêncio" de Alexander M. Bickel,

segundo a qual, "A corte só deve decidir, portanto, quando esgotados os canais de diálogo e quando absolutamente necessário." (GODOY, 2015, p. 111). Já a teoria minimalista ou teoria das "virtudes passivas" de Cass Sunstein, que decorre da primeira teoria mencionada, consiste no fato de negar o ativismo judicial, seja lá o que isso quer significar. A contrário senso, "Os juízes heróis são, portanto, aqueles que, em geral, têm uma profunda pretensão teórico-interpretativa e, a partir dela, exercem uma atuação bastante ambiciosa para defender o respeito e a prevalência da constituição." (GODOY, 2015, p. 113). Entra em cena a figura do juiz minimalista, como uma possível resposta.

Em contraponto, o autor descreve a teoria do constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel, que pode assim ser resumida:

> Enquanto o minimalismo é mais prudente e cauteloso, o constitucionalismo democrático é mais ativo e audacioso. Ambos, no entanto, se preocupam com e põem ênfase na proteção de um espaço público democrático e robusto, que leve em conta o pluralismo inerradicável e os profundos desacordos morais das sociedades contemporâneas. (GODOY, 2015, p. 131).

Portanto, o(a) magistrado ao colocar suas ideias no debate acerca das omissões legislativas passa a ser capaz de inviabilizar o exercício dos direitos e garantias fundamentais na perspectiva individual ou coletiva. Nessa ótica, a divergência aberta com a teoria minimalista caminha no sentido de compreender que o "Estado Democrático de Direito pode e deve promover o pluralismo, a diversidade cultural, fazer as vozes audíveis e possibilitar o engajamento e a participação populares." (GODOY, 2015, p. 137). Tem-se, portanto, a postura mais ativa do Judiciário como outra possível resposta ao dilema apresentado.

A partir das reflexões de Catherine Bateup, que realiza uma abordagem estrutural dos diálogos interinstitucionais, Godoy apresenta os desdobramentos desse enfoque em três teorias, quais sejam: a teoria do aconselhamento judicial, da construção coordenada e do equilíbrio. Para a teoria do aconselhamento judicial, os "[...] juízes e cortes se valem de suas técnicas interpretativas e decisórias para, de

forma proativa, recomendarem cursos de ação aos poderes políticos ou apontarem correções a serem feitas em leis e atos declarados inconstitucionais." (GODOY, 2015, p. 152). Logo, a realização da função do Judiciário consiste mais no aperfeiçoamento do ordenamento jurídico do que na sobreposição das funções.

> Assim quando o Poder Judiciário declara uma lei inconstitucional, ele não está a desconsiderar o ato dos demais Poderes, mas a exigir que tal ato seja debatido de forma clara, aberta e profunda de acordo com a importância dos direitos afetados pela lei. (GODOY, 2015, p. 153).

Há também outras opções para o problema das formas de relacionamento entre as instituições, ao se seguir a teoria da construção coordenada,

> [...] se os Poderes Legislativo ou Executivo atuam de forma equivocada, o Judiciário declara os atos e leis inconstitucionais. Se Executivo ou Legislativo creem que o Poder Judiciário está equivocado em sua interpretação, superam, legislativamente, a decisão judicial. (GODOY, 2015, p. 153).

Dimana do trecho transcrito que a tarefa de cooperação é recíproca entre as funções que concorrem, cada qual ao seu modo e tempo, para a consecução dos objetivos constitucionais. Por fim, a teoria do equilíbrio preconiza a perspectiva de que o "[...] Judiciário não possui, *a priori*, qualquer capacidade superior para interpretar a constituição. Assim, juízes e cortes atuam como mais uma instância de discussão na definição do sentido da constituição." (GODOY, 2015, p. 158).

A teoria do equilíbrio, por sua vez, se desdobra na teoria da parceria, segundo expõe Godoy (2015, p. 159):

> [...] concentra sobre as diferentes contribuições que cada um dos Poderes pode dar, segundo suas competências e instrumentos normativos, para a definição do significado da constituição, sem que se dê uma importância maior à interpretação judicial.

Como proposta final, Christine Bateup elabora uma espécie de fusão dialógica, cuja sugestão é "[...] defendida porque é preciso

incentivar um comportamento dialógico de cada um dos Poderes na interpretação da constituição, segundo suas competências e habilidades específicas." (GODOY, 2015, p. 165). Em síntese, a teoria dos diálogos interinstitucionais em que se articula "os poderes, as instituições e o povo" apresentada por Godoy (2015) e aqui sintetizada como provável resposta para o impasse da mora legislativa, mormente ao se estabelecer que "É preciso fazer com que as instituições dialoguem entre si e também com o povo, a fim de buscar os melhores argumentos, fundados em razões públicas que possam ser aceitas, ou ao menos respeitadas, por todos." (GODOY, 2015, p. 168).

Essas discussões teóricas tornam-se relevantes à medida em que demonstram a existência não de apenas uma, mas de várias respostas para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, compatíveis com o Estado democrático de direito, sem que necessariamente as funções devam ser concebidas como contrapostas. Registra-se, por fim, que o embate até pode se fazer presente, contudo, o antagonismo institucional é apenas aparente e possui lugar dentro de uma visão adversarial da separação das funções.

5. A (R)EVOLUÇÃO DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nos primeiros anos de vigor da Constituição da República de 1.988 o STF se mantinha contido ao decidir acerca do mandado de injunção limitava-se à comunicação ao Congresso Nacional. O entendimento prevalente era que o mandado de injunção se destinava a obter uma sentença declaratória da omissão da autoridade legiferante, a fim de que a mesma adotasse as providências cabíveis, sendo determinada a suspensão de processos judiciais ou administrativos.

Todavia, em 2.008, esse quadro se modificou drasticamente, passou desde então a enfrentar a omissão ao conceder a injunção requerida. Depreende-se do mandado de injunção n. 712-8/DF o recente entendimento do STF, o qual não mais se posicionou apenas

comunicando ao Congresso Nacional, mas sim suprindo a omissão legislativa concedendo a tutela pretendida.

Nesse julgado, o relator, Ministro Eros Grau, expôs que ao conceder a injunção preterida, não estaria a legislar, mas sim ao interpretar o texto normativo, surgiria o dever de emitir uma norma supridora da omissão, proferindo uma decisão munida de eficácia o que antes não ocorria, dada a inercia do Tribunal em apenas comunicar o Congresso Nacional de sua omissão legislativa. (BRASIL, 2078). Após reiteradas atuações do STF, ocorreu a edição da Lei n. 13.300/2006, acima apresentada.

Mediante o julgamento do MI-QO n. 107-3/DF, sobre a natureza do mandado de injunção definida como uma ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativa disposta no art. 5º, LXXI, o qual tenha seu exercício inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Método pelo qual o Judiciário, declara a morosidade por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que dela dependa, para que assim adote as providências necessárias. Ainda nesse julgamento firmou-se que o mandado de injunção é "auto executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança no que couber." (BRASIL, 2018).

Passados dois anos da promulgação da CRFB/88, o STF pacificou o entendimento, de que a ação injuncional se vale somente a obter uma decisão declaratória da morosidade por parte do órgão competente a editar a norma regulamentadora. Quanto ao procedimento de julgamento da ação de mandamental seria aplicado o procedimento previsto para o mandado de segurança, isto consoante com o disposto no parágrafo único do art. 24 da Lei n. 8.038/1990, que textualmente dispôs: "No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica." (BRASIL, 1990).

Nos termos do mandado de injunção n. 542-7/SP, a omissão

do Estado em não cumprir com o seu dever de realização dos preceitos constitucionais, corresponde em uma "violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere ou non praestare* resultara a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público)." (BRASIL, 2002).

Segundo o relator, "[...] a inercia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da constituição"; demonstrando que ser "nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente." (BRASIL, 2002). Ponderou, ainda, que a inércia do Congresso Nacional justifica a impetração do mandado de injunção "[...] desde que resulte inviabilizado–ante a ocorrência de situação de lacuna técnica–o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais (art. 5º, LXXI, CRFB/88), de que seja titular a parte impetrante." (BRASIL, 2002).

Cumpre observar que o STF ao decidir fixava prazo para que o órgão legislativo cumprisse com seu dever legiferante, onde após a superação do prazo assinalado é que se configuraria a mora legislativa. Igualmente restou estampado que "a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, '*hit et nunc*', de uma situação de inatividade inconstitucional". (BRASIL, 2003).

Conforme já se disse, a guinada de entendimento ocorreu em 2008, até então a decisão proferida no mandado de injunção se limitava em apenas reconhecer a omissão legislativa e fixar prazo para suprir a referida omissão. Assim, o STF alterou drasticamente o entendimento, que de agora em diante deveria decidir suprindo a omissão, proferindo uma decisão de eficácia plena.

Mais a fundo o Relator, Ministro Eros Grau, ao analisar as decisões pretéritas proferidas expôs "Reconhecimento, por esta

Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes." (BRASIL, 2008). Manifestou sobre a função a posição tomada diante de uma omissão legislativa expondo que "Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem." (BRASIL, 2008). E, ainda, continuou exortando sobre a função do STF assim "Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia." (BRASIL, 2008).

Assim, o STF, agora prolatando decisões dotadas de eficácia para suprimir a omissão legislativa, expôs "A jurisprudência desta Corte, após o julgamento dos Mandado de Injunção 721/DF e 758/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, passou a adotar a tese de que o mandado de injunção destina-se à concretização, caso a caso do direito constitucional não regulamentado, assentando, ainda, que com ele não se objetiva apenas declarar a omissão legislativa, dada a sua natureza nitidamente mandamental." (BRASIL, 2018).

Com o advento da Lei n. 13.300/2016, a qual passou a disciplinar o mandado de injunção, antes disciplinado pela Lei do mandado de segurança, conforme já se disse. A referida regra, surgiu do Projeto de Lei n. 6128/2009, do Deputado Flavio Dino, segundo consta na justificativa:

> Passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, temos até hoje grandes lacunas na consecução de seus objetivos, devido à falta de regulamentação de importantes dispositivos.
>
> O legislador constituinte, preocupado com a perenidade e a efetividade da sua obra, impregnou o novo texto constitucional de garantias tendentes a assegurá-las, tais como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Este último, apesar de sua larga utilização, ainda não foi objeto de adequada regulação infraconstitucional. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática envolvendo as omissões legislativas e sua forma de supressão foi objeto de análise no presente artigo. A par disso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 previu instrumentos jurídicos para o exercício dos direitos e garantias nela positivados, tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Para responder ao questionamento se seria possível pensar o mandado de injunção como um instrumento para a efetivação e a promoção dos direitos e garantias fundamentais foi preciso percorrer algumas etapas que serão reapresentadas.

Deste modo, afora a parte introdutória viu-se na segunda seção que embora o instituto do mandado de injunção possua versões assemelhadas em algumas experiências em direito comparado, cada país desenvolveu um modo peculiar, no que toca ao procedimento, matéria, abrangência e efeitos da decisão. Por isso, não parece adequado fazer correlações diretas com experiências jurídicas estrangeiras, cabe apenas algumas aproximações. Também, descabe falar num progresso sucessivo, mas, em avanços e retrocessos, especialmente no que concerne a disciplina normativa específica inaugurada pela Lei n. 13.300/2016, que regula o mandado de injunção.

Na terceira seção, estabeleceu-se a distinção entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, basicamente distinguem-se pela legitimidade ativa, pela causa de pedir e pelos efeitos da decisão prolatada. Percebeu-se, ainda, a potencialidade da utilização do mandado de injunção como um dos instrumentos para a promoção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais positivados no Texto Constitucional de 1988. No entanto, surgem duas dificuldades, quais sejam: (*i*) harmonizar uma postura judicial concretista com a separação das funções ("poderes"), enquanto corolário do Estado democrático de direito e, (*ii*) compreender qual seria a função a ser desempenhada pelo STF nessa missão.

Já na quarta seção, viu-se a teoria dos diálogos interinstitucionais

como uma possível resposta para harmonizar uma posição concretista dos direitos e garantias fundamentais, pela via do mandado de injunção. Desse modo, apresentou-se algumas teorias (defesa do silêncio, virtudes passivas, constitucionalismo democrático, aconselhamento judicial, construção coordenada, equilíbrio, parceria e, por fim, fusão dialógica) que pretendem superar a visão adversarial da separação das funções (executiva, legislativa e judiciária). Optou-se, por fim por uma espécie de "fusão dialógica" capaz de articular "funções, instituições e o próprio povo", que não deve permanecer apartado dessas discussões.

Por fim, na quinta e última seção, implementou-se a estratégia de verificação empírica para poder confirmar (ou não) se procede a afirmação de que o mandado de injunção se apresenta como um importante instrumento jurídico capaz de viabilizar os direitos e as garantias fundamentais. A resposta é (afirmativa/negativa), conforme se depreende do suporte empírico que orientou a investigação sobre a experiência brasileira do mandado de injunção. E, como tal deve ser entendido como um instrumento necessário, porém, insuficiente para comportar a complexidade dos desafios de concretização da experiência constitucional brasileira, que não se resume no texto positivado em 1.988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília: *Diário Oficial da União*, 24 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção–Questão de Ordem MI-QO n. 107/DF. Relator Min. Celso de Mello. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 21 set. 1990.

DUARTE, Marcelo. Mandado de injunção. *Ciência Jurídica,* Belo Horizonte: Nova Alvorada, v. 34, jul./ago. 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. *A quem interessa o controle concentrado da omissão inconstitucional*: exame crítico acerca dos resultados produzidos pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 2015. 207 f. Dissertação (Mestrado)–Universida-

de de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18578/3/2015_HenriqueAugustoFigueiredoFulg%C3%AAncio.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2018.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo*: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015. 266 f. Tese (Doutorado)–Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>. Acesso em: 12 mar. 2018.

HIRSCHL, Ran. *Constitutional theocracy*. London: Harvard University Press, 2010.

MACHADO, Carlos, Augusto Alcântara. *Mandado de injunção*: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data.* 20. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PERU. Constitucion (1993). *Constitucion Politica del Peru*. Disponible en: <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>. Acceso en: 28 marzo 2018.

QUARESMA, Regina. *O de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão*: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SANTOS, Ulderico Pires. *Mandado de injunção*: estudos e considerações. São Paulo: Paumape, 1988.

O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO–EM BUSCA DE FUNDAMENTOS ADEQUADOS PARA SUA EXISTÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Hugo Malone Passos[1]

1. INTRODUÇÃO

É notório que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15, ganharam fôlego discussões dogmáticas e teóricas sobre institutos processuais já explorados pela doutrina processual. É o que se percebe, por exemplo, com a implementação de um novo modelo dogmático (constitucionalizado) para o direito jurisprudencial no Brasil (NUNES; PEDRON; HORTA, 2017, p. 3); com o dever de fundamentação analítica das decisões (art. 489, § 1°, CPC/15); e com a possibilidade de negociação processual (art. 190, CPC/15).

Além destas discussões, existem algumas que, apesar de serem recorrentemente enfrentadas pela doutrina, parecem passar ao alvedrio dos aplicadores do Direito em geral, caindo numa espécie de espaço onde repousam aqueles temas que estariam sedimentados, como se refletissem uma verdade absoluta que sequer exige revisitações. Dentro desta categoria de temas, podemos citar o modelo de colegialidade e os métodos deliberativos dos tribunais, o duplo grau de jurisdição e, até mesmo, o papel dos Tribunais dentro do sistema jurídico, entre outros.

Sobre o duplo grau de jurisdição, é cediço que grande parte da doutrina o concebe como uma garantia fundamental, de assento

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Novos Horizontes. Especialista em Direito Público. Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

constitucional, que garante a justiça e a correção das decisões judiciais proferidas pelo Estado, garantindo-se o acesso à justiça e o devido processo legal.

Todavia, o duplo grau de jurisdição carrega uma série de questionamentos que exigem maior reflexão para que se possa aferir sua adequação ao sistema jurídico em geral. Dentre os problemas relacionados ao duplo grau de jurisdição, dois se apresentam com maior nitidez: a ausência de fatores que legitimem a decisão proferida em segundo grau como uma decisão substancialmente melhor do que aquela proferida em primeiro grau e o prejuízo à celeridade processual.

Na busca de uma justificação adequada ao duplo grau de jurisdição, o presente artigo enfrenta estes problemas, além de outros relacionados ao tema. Não se cogita defender, obviamente, que a razoável duração do processo seria o objetivo principal da ciência processual, a ser buscada independente do atropelamento de garantias fundamentais. Mas pode ser ensaiado que, na forma como vem sendo aplicado, o duplo grau de jurisdição não é muito mais do que uma segunda opinião sobre a questão jurídica levada ao conhecimento do judiciário, que poderá ser, a depender do caso, melhor ou pior do que a decisão do juízo de primeiro grau.

Deve ser considerando, ainda, que uma supervalorização do duplo grau de jurisdição pode fomentar a descrença do jurisdicionado nos órgãos judiciários do Estado. Isso se dá em razão de ser situação corriqueira processos que demoram para ser sentenciados e, quando isso acontece, a sentença não produz qualquer efeito prático na vida do jurisdicionado, pois o caso deverá ser reapreciado pelo Tribunal.

Assim, pretende-se demonstrar eventuais inconsistências na realização do duplo grau de jurisdição, apontando, inclusive, eventuais fatores que levem à sua dispensabilidade. É importante destacar que quaisquer propostas neste sentido devem tomar o cuidado para não serem viciadas por um viés estatizante, que acaba conduzindo a ciência processual para uma lógica utilitarista, onde apenas se sopesam custos e benefícios.

De fato, as construções teóricas processuais devem, antes de buscar emprestar uma eficiência quantitativa o sistema, criar eficiências qualitativas, de forma que as esferas oficiais do poder levem em consideração as reivindicações do jurisdicionado, a profundidade do diálogo (respeito aos direitos fundamentais processuais) e o poder de influência que o jurisdicionado exerce sobre as decisões que lhe submetem (TEIXEIRA; NUNES, 2013).

Dessa maneira, o presente estudo parte de uma concepção teórica na qual o Direito não é instrumento posto em função dos interesses privados (liberal) ou de metas coletivas (social), mas sim um *locus* no qual cidadão tem a oportunidade de influir nos centros decisórios, onde o público não se resume ao estatal, reconhecendo a necessidade de um direito participativo, pluralista e aberto. (TEIXEIRA; NUNES, 2013).

2. FUNDAMENTOS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Partindo de uma concepção usual e descomprometida com a técnica, o duplo grau de jurisdição é definido como uma exigência quase que natural para que os conflitos solucionados pelo Estado sejam submetidos à apreciação de dois juízos diversos e, assim, se alcance uma decisão mais justa (TAVARES, 2000, p. 1).

Não obstante esta noção usual, é de fundamental importância, antes de explorar as possíveis incongruências relacionadas ao duplo grau de jurisdição, fixar as noções acerca de seu significado. Nesse sentido, pode-se dizer, inicialmente, que o duplo grau é um princípio fixado pela Revolução Francesa e que carrega a concepção de que deve se possibilitar ao interessado uma análise da causa por dois tribunais sucessivos (NUNES, 2006, p. 111).

A necessidade de reanálise da causa se fundamenta em diversos argumentos, como se verá adiante, de ordem política (necessidade de controle do julgador) e até mesmo psicológica (exigência para que a parte se conforme com o provimento jurisdicional). Neste ponto inicial do estudo, basta a compreensão de que o duplo grau de jurisdição se

fundamenta na necessidade de reanálise da questão decidida por um juízo, a se realizar por outro órgão estatal que exerça a função judiciária[2].

Nunes (2006, p. 112) lembra que, em razão da unidade da jurisdição, não é adequado falar em duplo grau de jurisdição, pois independente do órgão judiciário que vai exercer este juízo posterior à primeira decisão, a jurisdição exercida pelo Estado continua sendo una e indivisível. Ou seja, ainda que o procedimento seja dividido para que a reanálise da matéria possa ser exercida por Tribunais, a jurisdição continua sendo monopólio do Estado, mantendo-se sua unidade.

Dessa maneira, a melhor definição para o princípio seria "duplo juízo sobre o mérito" (NUNES, 2006, p. 112) ou "duplo grau de cognição ou julgamento das lides (TAVARES, p. 2). Até mesmo a utilização da palavra grau demonstra uma incorreção da nomenclatura dada a este postulado, uma vez que grau conduz à ideia de hierarquia, característica que não é pressuposto para o duplo grau de jurisdição, como se verá a seguir.

Assim, prefere-se a denominação dada por NUNES (2006, p. 112), que nos permite entender o duplo grau de jurisdição, inicialmente, como o duplo juízo sobre as questões que são decididas pelo Estado, através de seus órgãos judiciários. Em que pese a denominação *retro* se mostrar a mais adequada tecnicamente, o presente estudo continuará a utilizar a expressão duplo grau de jurisdição, grafada entre aspas, em razão de sua sedimentada utilização na ciência jurídica.

Alcançada esta noção inicial, pode-se avançar na tarefa de compreender o "duplo grau de jurisdição", por meio da análise do seu conteúdo. Nesta análise, é possível identificar dois elementos básicos do instituto: a necessidade do duplo juízo ser realizado por órgão diverso daquele que prolatou a decisão e a exigência para que a

2 No presente trabalho, rechaçamos a utilização da expressão Poder Judiciário, por entender, com esteio em Brêtas (2015, p. 18), que "embora os doutrinadores, sobretudo os processualistas, em maioria, não percebam, a esclerosada e deturpada teoria da tripartição dos poderes restou revisada por importantes manifestações doutrinárias produzidas nos últimos cem anos e amplamente criticada, por sugerir a ideia de fragmentação ou divisão do poder e de fracionamento da soberania do Estado".

reapreciação considere todas as questões já discutidas, sem limitações (VIOLIN, 2017, pp. 4/5).

Dessa maneira, o "duplo grau de jurisdição" se realiza quando há a possibilidade de reanálise da questão jurídica por um órgão judicial diverso daquele que prolatou a decisão a ser revista. Logo, não há "duplo grau de jurisdição" quando se possibilita à parte o direito de buscar uma nova solução para a questão perante o mesmo juízo prolator da primeira decisão, como ocorre no juízo de retratação possibilitado pelo agravo ou quando são opostos embargos de declaração. Nestes dois casos, não obstante seja possível a obtenção de uma nova decisão, em sentido diverso da primeira, não há "duplo grau", em razão da identidade do juízo responsável por proferir a decisão.

Para Laspro (1995, p. 21), "resta indiscutível que o efeito devolutivo, entendido como encaminhamento e julgamento do recurso por outro órgão judicante, que não aquele cuja decisão é impugnada, é característica indispensável" para o "duplo grau de jurisdição".

Em sentido contrário, Alvim (2015, p. 290) sustenta que o sistema jurídico brasileiro estaria em consonância com a doutrina ao não exigir a reanálise por um órgão diverso, uma vez que não se proíbe "o recurso para o mesmo órgão que prolatou a decisão impugnada, admitindo-se até mesmo recurso para o mesmo juiz que prolatou a decisão recorrida, como os embargos de declaração".

Entretanto, esta orientação não se mostra adequada, tendo em vista que destoa até mesmo de um dos fundamentos para existência do "duplo grau de jurisdição", que é a necessidade de controle do decisor. Evidentemente, um controle exercido pelo próprio órgão prolator da decisão afigura-se inócuo.

Ademais, não há como se olvidar dos enviesamentos cognitivos a que está submetido o julgador que prolatou a decisão a ser revista, fator que pode induzi-lo a confirmar suas decisões (PEER; GAMLIEL, 2013, pp. 114/115).

Portanto, nestes casos em que a reanálise é feita pelo próprio

prolator da decisão, há um duplo exame da matéria, mas que não pode ser considerado como efetivação do "duplo grau de jurisdição".

Não obstante a necessidade de dois juízos diversos, a configuração do "duplo grau" não exige ascendência hierárquica (VIOLIN, 2017, p. 4), razão pela qual há, no Direito Brasileiro, os recursos interpostos contra as sentenças proferidas no âmbito dos Juizados Especiais estaduais (art. 41 da Lei 9.099/95) e federais (art. 17 da Lei 12.153/09). Nestas hipóteses, o julgamento do recurso é realizado por Turmas Recursais, compostas por juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição.

Apesar da inexistência de hierarquia das Turmas Recursais sobre os juízes de primeiro grau, os julgamentos realizados por estas turmas são inegáveis exemplos de reanálise da causa e concretização do "duplo grau de jurisdição".

O segundo elemento do "duplo grau de jurisdição" diz respeito à extensão da análise realizada pelo órgão revisor, no sentido de que a reapreciação deve ser integral das questões jurídicas e fáticas já discutidas e decididas no curso do processo. Qualquer restrição desta característica desnatura o "duplo grau" (VIOLIN, 2017, p. 5).

Assim, o "duplo grau de jurisdição" reclama que a reanálise da matéria leve em consideração todas os fundamentos fáticos e jurídicos levantados pelas partes e decididos pelo primeiro julgador. No sistema recursal brasileiro, essa é a regra, uma vez que a apelação devolve ao tribunal o conhecimento de todas as questões suscitadas e discutidas no processo (art. 1.013, § 1°, CPC/15), o que se verifica, também, nos sistemas francês e italiano (CHIOVENDA, 2009, p. 619).

Por isso, é correto afirmar que não existem terceiro e quarto graus de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro, como usualmente sustentado, uma vez que a análise realizada em grau de recurso pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal não ostentam a característica da devolutividade integral. Tratam-se de instâncias especiais ou de sobreposição, cuja análise não recai sobre as questões fáticas e não importa em revaloração da prova já produzida.

Nestes casos, os recursos interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal exigem uma fundamentação vinculada, pois, segundo Bueno (2014, p. 50)

> impõem que o recorrente demonstre, além do (genérico) interesse recursal, um prejuízo específico, previamente valorado pelo legislador, sem o que não se abre a via recursal. As razões do inconformismo são, por assim dizer, somente aquelas tipificadas pelo legislador. São, portanto, recursos que têm como finalidade a correção de específicos vícios de atividade ou de julgamento, os quais, se ausentes, não dão margem ao contraste da decisão.

Importa ressaltar que, nos recursos ordinários previstos nos artigos 102, II e 105, II, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça funcionam como tribunal de segundo grau, pois nestes casos específicos há análise ampla sobre as questões fáticas e jurídicas, já que são recursos de "fundamentação livre" (BUENO, 2014, p. 254).

Um ponto que merece atenção é prescindibilidade de colegialidade para que haja "duplo grau de jurisdição". Muito embora a prática dos Tribunais esteja concentrada na produção de decisões por meio de órgãos colegiados, a reanálise exercida por órgão monocrático, quando admitida em lei, não desvirtua o "duplo grau". Há, evidentemente, um duplo juízo sobre a questão já decidida, realizado por órgão diverso. É o que ocorre, por exemplo, quando, em julgamento de apelação, o relator nega provimento, monocraticamente, a recurso contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, o que é permitido pelo artigo 932, IV, 'a', do CPC de 2015[3].

Considerando o que foi exposto, pode se afirmar que o "duplo grau de jurisdição" é o duplo juízo sobre todas as questões jurídicas e fáticas decididas pelo Estado, por meio de seus órgãos judiciários, no

3 Registramos, aqui, a noção de "colegialidade corretiva", segundo a qual "[...] não haveria embaraços normativos na adoção de julgamentos unipessoais (monocráticos), como nas ampliadas hipóteses do artigo 932, CPC/2015, desde que se garanta sua impugnação (reexame) pelo colegiado [...]". Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON (2016, p. 459).

curso de um processo, exercido por órgão diverso daquele que prolatou a decisão, colegiado ou monocrático, independente da existência de hierarquia entre os órgãos.

3. DA ANÁLISE DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A problemática envolvendo a adequação do "duplo grau de jurisdição" inicia-se com o seu enquadramento no sistema jurídico brasileiro, pois qualquer discussão que se pretenda fazer a respeito de sua aplicação e possíveis restrições depende da sua categorização enquanto instituto jurídico. Isso ocorre em razão da aplicação das normas jurídicas observar parâmetros bem distintos em caso de regras e princípios, bem como pelo fato de que a limitação de direitos fundamentais carece de fundamentação muito diversa daquela aplicável aos direitos subjetivos ordinários.

Partindo do pressuposto de que o "duplo grau de jurisdição" é um princípio jurídico, pois atua como fundamento normativo de outras normas (VIOLIN, p. 4), a análise volta-se para seu enquadramento, ou não, como um direito fundamental, aqui trabalhado segundo a noção trazida por Pieroth e Schlink (2012, p. 37), para os quais os direitos fundamentais são direitos do indivíduo que vinculam o Estado e cuja "particularidade relativamente a outros direitos subjetivos reside na sua categoria constitucional".

Esta concepção é usual na doutrina e se mostra importante para se estabelecer a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, conforme explica Novelino (2014, p. 566):

> Enquanto os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de Estado para Estado.

Dessa maneira, a noção de Direito Fundamental está atrelada à sua fundamentação no próprio texto constitucional, o que lhe concede a característica da impossibilidade de limitação pela legislação ordinária, a não ser que seja para a preservação de outro direito fundamental (NOVELINO, 2014, p. 603).

Alcançado um entendimento acerca da significação de direitos fundamentais, é possível confrontá-lo com o "duplo grau de jurisdição". Uma constatação prévia, no entanto, é necessária: não há em todo texto constitucional qualquer previsão expressa sobre a existência de um "duplo grau de jurisdição" ou mesmo de um direito de recurso contra decisões judiciais. Sendo assim, a afirmação do "duplo grau de jurisdição" como um direito fundamental deve ser cuidadosamente analisada.

No histórico das Constituições brasileiras, o "duplo grau de jurisdição" só foi expressamente previsto no texto de 1824, em seu artigo 158, segundo o qual "para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos". Por isso, analisando o texto constitucional de 1988, VIOLIN (2017, p. 2), afirma não se tratar o "duplo grau" de um direito fundamental. Para o autor, o "duplo grau de jurisdição" é um princípio, já que se trata de "um valor geral e abstrato que orienta a construção do sistema recursal e a ele preexiste", o que não quer dizer que seu fundamento seja constitucional.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nega que o "duplo grau" seja uma garantia geral, pois atribui ao Supremo Tribunal Federal competência originária para o julgamento de determinadas ações, o que significa que nestas hipóteses escolhidas pelo Constituinte, não há direito de buscar um outro provimento jurisdicional perante um órgão diverso. Outrossim, as questões decididas pelo Tribunal do Júri não podem ser reapreciadas por outro órgão, em razão da sua soberania prevista no artigo 5º do texto constitucional brasileiro.

Assim, a Constituição de 1988 estatuiu o "duplo grau"

obrigatório apenas para dois casos específicos: recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, II) e ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II). Nestas situações, não é possível qualquer restrição pela legislação infraconstitucional. Nesse mesmo sentido, Souza (2009, p. 148) aduz que "diante da omissão da Constituição vigente, é lícito afirmar que o princípio do duplo grau de jurisdição não tem natureza constitucional".

Há na doutrina, no entanto, quem defenda a fundamentação constitucional para o "duplo grau de jurisdição". Para estes, o princípio decorreria da ampla defesa (que confere o direito de recorrer das decisões), da estruturação das funções judiciárias do Estado e da previsão de competência recursal para os Tribunais Superiores.

Nesse sentido, Nery Junior (2010, p. 285) afirma que as Constituições seguintes à Constituição de 1824 "[...] limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicitamente, portanto, havia previsão para a existência de recurso". Contudo, o próprio autor reconhece não haver uma garantia absoluta de acesso ao segundo grau, como ocorria na Constituição de 1824.

Já Dinamarco e Lopes (2016, p. 69) entendem que, "ao prever órgãos inferiores e superiores nas Justiças Estaduais, justamente para que as causas principiadas perante aqueles possam em algum momento chegar a estes", a Constituição da República de 1988 teria optado claramente pela possibilidade de se interpor recursos contra as decisões judiciais. Todavia, para os autores (2016, p. 71), também "não há uma garantia de intangibilidade total ao princípio do duplo grau de jurisdição".

Concluir que o "duplo grau de jurisdição" foi previsto implicitamente na Constituição brasileira de 1988, como direito fundamental, em razão da previsão de Tribunais e de sua competência recursal não nos parece acertado. Isso porque o próprio texto constitucional, como já visto, disciplina situações em que não haverá reanálise da questão

jurídica por órgão judicial diverso, como nas ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal, em que a parte sucumbente poderá, quando muito, interpor embargos infringentes, que são julgados pelo próprio STF. Assim, a nosso ver, apenas nas situações escolhidas pelo constituinte é possível falar em um direito fundamental ao "duplo grau de jurisdição".

Em defesa da fundamentação constitucional para o "duplo grau de jurisdição", Sarlet (1996) desenvolve um estudo mais aprofundado, apontando que o princípio estaria inserido no texto constitucional, em razão da abertura material do catálogo de direitos fundamentais, estabelecida pelo artigo 5°, § 2°, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para Sarlet (1996, p. 23), o direito de acessar o segundo grau de jurisdição poderia ser fundamentado, em tese, até mesmo no princípio da dignidade humana, uma vez que este direito pode ser enxergado como uma última tentativa de pedir clemência ao Estado, como ocorria até mesmo no regime feudal. A proposta não nos parece adequada, pois a dignidade humana é um princípio "vago e plástico" (SARMENTO, 2016, p. 323) e, aplicado sem fundamentação criteriosa, "torna-se uma espécie de coringa hermenêutico, que serve para tudo e empresta – ou tenta emprestar – uma entonação humanista às preferências do julgador" (SARMENTO, 2016, p. 308).

Ademais, a utilização da dignidade humana para fundamentar uma origem constitucional do "duplo grau de jurisdição" cai no risco que o próprio Sarlet (1996, p. 22) reconhece: inflar demasiadamente o catálogo de direitos fundamentais, vulgarizando-os.

Sarlet (1996, pp. 12/14) aponta, ainda, que o "duplo grau de jurisdição" pode ser fundamentado nos princípios do acesso à justiça, ampla defesa e devido processo legal (artigo 5°, incisos XXXV, LIV e LV). Esta orientação baseia-se na abertura do catálogo de direitos fundamentais promovida pelo artigo 5°, § 2°, da CRFB de 1988, segundo o qual outros direitos e garantias são reconhecidos pela ordem

constitucional, desde que decorram dos "regimes e princípios" adotados ou de tratados internacionais.

Mais uma vez, essa relação não parece ser verdadeira, pois deve ser evitada "uma ampliação, não muito útil e certamente ainda menos desejável, do catálogo", o que é defendido pelo próprio autor (SARLET, 1996, p. 13). Outrossim, como já exposto, o constituinte previu expressamente, quando quis, o "duplo grau de jurisdição" para duas hipóteses específicas, ao prever a possibilidade dos recursos ordinários para o STF (art. 102, II) e STJ (art. 105, II).

O último argumento trabalhado por Sarlet (1996) para demonstrar a existência de uma fundamentação constitucional para o "duplo grau de jurisdição" são os tratados internacionais, no sentido de que o instituto decorreria da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que assim prevê em seu artigo 8°, 2, 'h':

> Artigo 8. Garantias Judiciais
>
> [...]
>
> 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
>
> [...]
>
> h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Sob esta ótica, o "duplo grau de jurisdição" seria um direito apenas materialmente fundamental, pois teria substância de direito fundamental sem estar no catálogo de direitos fundamentais do texto constitucional. Todavia, esta justificação não pode ser aceita no âmbito do processo civil, uma vez que o citado artigo está inserido, no Pacto de San José da Costa Rica, em tópico que trata das garantias judiciais às pessoas acusadas de delitos, evidenciando sua aplicação à esfera criminal.

Com estas razões, o presente estudo adere ao entendimento

segundo o qual o "duplo grau de jurisdição" funciona no ordenamento jurídico brasileiro como um princípio sem *status* constitucional.

Tanto é verdade não se tratar de um direito fundamental, que Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 387) lembram a possibilidade de o legislador infraconstitucional vedar o reexame da decisão em alguns casos. É o que ocorre nas sentenças proferidas em execuções fiscais de valor igual ou menor a cinquenta OTN (art. 34 da Lei 6.830/1980).

Estas decisões "somente admitem uma espécie de pedido de reconsideração ao juiz prolator da decisão (chamado pela lei de 'embargos infringentes')", além de embargos de declaração, também para o mesmo magistrado. Na eventualidade de violação às normas constitucionais, caberá, também, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 387).

Em todas estas possibilidades, não há, como já visto, "duplo grau de jurisdição", seja em razão da inexistência de órgão julgador diverso (embargos infringentes e de declaração), seja pela impossibilidade de cognição ampla das questões decididas (recurso extraordinário).

Outrossim, corroborando a noção de que o "duplo grau" não se apresenta como um direito fundamental, sendo possível sua restrição pela lei ordinária, é cediço que a legislação processual civil brasileira permite que determinadas matérias sejam analisadas diretamente pelo tribunal, sem que isso configure supressão de instância.

> É o que ocorre em virtude do efeito devolutivo da apelação disciplinado pelo artigo 1.013 do CPC/15, que permite ao Tribunal julgar todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado (§1°). O Tribunal poderá, ainda, conhecer de todos os fundamentos suscitados pelas partes, ainda que o juiz tenha acolhido apenas um deles (§ 2°).

O mesmo acontece no que toca às matérias de ordem pública, cuja apreciação pelo Tribunal não exige que a questão tenha sido decidida pelo juízo *a quo*.

Outra situação prevista pela legislação processual civil e que importa em análise de questões por um único juízo está relacionada à aplicação de teoria da causa madura, que foi ampliada pelo CPC/15, se for considerado o tratamento anteriormente dado pelo revogado Código de Processo Civil de 1973. Nos termos do artigo 1.013, § 3º, CPC/15, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o Tribunal deve decidir desde logo o mérito quando reformar sentença terminativa; quando decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; quando constatar a omissão no exame de um dos pedidos; e quando decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Ainda, o § 4º deste mesmo artigo determina que o Tribunal, quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, julgará, se possível, o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

Em todas estas situações, não há "duplo grau de jurisdição", pois o legislador permitiu a análise das questões diretamente pelo órgão *ad quem*, sem que isso configure supressão de instância.

Tudo isso leva a crer que, no sistema jurídico brasileiro, o "duplo grau de jurisdição" pode ser restringido pelo legislador ordinário.

É importante registrar que até mesmo para aqueles que defendem o *status* constitucional do "duplo grau", como Sarlet (1996) e Nery Junior (2010), há a possibilidade de restrição pelo legislador infraconstitucional, desde que observados os limites imanentes e a proporcionalidade.

É o que defende, também, Nery Junior (2010, p. 285) e foi referendado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a constitucionalidade do artigo 34 da Lei 6.830/80, o qual, como já exposto, estabelece um valor de alçada para possibilitar a apelação contra as sentenças proferidas em execuções de dívida ativa da Fazenda Pública. Analisando a constitucionalidade deste dispositivo, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no Recurso Extraordinário com Agravo 637.975/MG, pela compatibilidade entre a restrição e os

princípios do acesso à justiça e do devido processo legal, previstos pela Constituição de 1988.

Dito isso, pode se conceber o "duplo grau de jurisdição" como um princípio sem *status* constitucional, sendo possível sua restrição pelo legislador ordinário.

4. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À EXISTÊNCIA DE UM DUPLO JUÍZO SOBRE O MÉRITO

De posse das premissas alcançadas nos tópicos anteriores, é possível avançar no objeto do presente trabalho, passando a analisar os argumentos favoráveis à manutenção do "duplo grau de jurisdição" no sistema jurídico brasileiro. Considerando que a posição constitucional deste princípio foi afastada nas linhas anteriormente traçadas, não se mostra necessário anotar que os argumentos que defendem o "duplo grau" em razão de uma eventual necessidade imposta pelo constituinte são insuficientes para sustentar sua aplicação.

Dessa maneira, a questão deve ser analisada com enfoque em argumentos de política judiciária. Nesse sentido, Violin (2017, p. 6) aduz que a doutrina invoca, tradicionalmente, o aprimoramento da prestação jurisdicional, uma vez que o "duplo grau" aumenta "a probabilidade de acerto e de justiça da decisão e diminui a possibilidade de passarem despercebidos aspectos relevantes para a resolução da causa". O "duplo grau" representaria, assim, um acréscimo de qualidade à decisão judicial.

Contudo, não há demonstração empírica sobre esta afirmativa. Pelo contrário, um estudo conduzido por David Schkade, Cass R. Sustein e Daniel Kahneman, na Universidade de Chicago, concluiu que as decisões colegiadas referentes à quantificação de valores reparatórios e punitivos são "significativa e sistematicamente mais imprevisíveis e mais variáveis" do que as decisões individuais (VIOLIN, 2017, p. 6).

Essa variação pode ser compreendida a partir de um fenômeno chamado "polarização de grupo", segundo o qual a tendência inicial dos

membros do grupo é potencializada quando ocorre uma deliberação conjunta (VIOLIN, 2017, p. 6). Isso significa que a decisão do órgão colegiado tende a ser mais radical do que aquelas decisões que seriam tomadas individualmente por seus membros. Conforme exemplo trazido por Violin (2017, p. 6), o posicionamento de um grupo formado por feministas moderadas tende a ser mais rígido após o debate em grupo, uma vez que suas posições iniciais seriam potencializadas.

Outro argumento recorrente em prol do "duplo grau de jurisdição" diz respeito à necessidade de controle interno das decisões judiciais. Diniz (2011, p. 10) defende que o "duplo grau de jurisdição" "tem o escopo maior de evitar abuso de poder por parte dos Magistrados, já que se não houvesse sobre-juízes, tal fato, em tese, seria suscetível de acontecer". O autor lembra que, consoante Montesquieu, o Juiz único poderia tornar-se despótico ao saber que suas decisões não são passíveis de controle (DINIZ, 2011, p. 10).

Deve se fazer uma objeção a este argumento. Na esteira do que defende Passos (1999, p. 113), conceber o "duplo grau de jurisdição" como fator de controle é um erro, pois este controle pode ser obtido por meio de uma efetiva responsabilização do Estado e dos julgadores[4]. Mais uma vez, a tão almejada *accountability* se apresenta como imprescindível para a correção do sistema, pois evita-se o abuso de poder por parte de julgadores.

A defesa do "duplo grau de jurisdição" recebe reforço, ainda, daqueles que sustentam a maior experiência dos julgadores que integram um Tribunal de segunda instância. É por essa razão que Dinamarco e Lopes (2016, p. 69) sustentam:

> Tem-se no presente [duplo grau de jurisdição] a convicção de que os juízes dos tribunais (desembargadores ou ministros) são pessoas de maior experiência que os de primeiro grau, reunindo condições para melhor julgar, seja por esse motivo, seja porque ordinariamente decidem em órgãos colegiados–onde eventuais erros de um podem ser neutralizados pela participação dos demais.

4 Sobre o tema, a obra de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. (2004)

Em que pese este argumento poder ser verdadeiro, não se acredita ser suficiente para sustentar a manutenção "duplo grau de jurisdição". Se o "duplo grau" existe em razão da superioridade dos julgadores integrantes dos Tribunais, bastaria relegar a eles a decisão da causa, funcionando o primeiro grau como uma instância instrutora do processo.

Ademais, os integrantes das Turmas Recursais, responsáveis pelo julgamento em segundo grau no âmbito dos Juizados Especiais, nem sempre são mais experientes que os juízes de primeiro grau e não se nega, nestes casos, que realizam o segundo grau de jurisdição.

Há, ainda, um fundamento de ordem psicológica para defesa do "duplo grau de jurisdição". Dinamarco e Lopes (2106, p. 69) aduzem haver uma "conveniência psicológica" embutida no "duplo grau de jurisdição", pois ao conceder ao vencido mais uma oportunidade de obter êxito, evitar-se-ia que estados de insatisfação e desconfiança se perpetuassem.

Não obstante se reconheça a boa intenção deste argumento, pode-se dizer, embora sem a possibilidade de verificação científica em razão dos limites deste trabalho, que dificilmente o ser humano se dará por satisfeito. Esta constatação é mais patente ainda quando o julgamento de segundo grau reforma a decisão de primeiro grau. Há, nesta situação, apenas a inversão da insatisfação.

5. DE OUTRO LADO, OS ARGUMENTOS PELA DISPENSABILIDADE DO DUPLO JUÍZO SOBRE O MÉRITO

Voltando a análise para os argumentos expostos por aqueles que defendem que o "duplo grau de jurisdição" não necessita ser garantido em quaisquer situações, é importante destacar, mais uma vez, que as razões apontadas são mais políticas do que jurídicas, uma vez que, ao menos para o presente o estudo, o legislador ordinário pode restringir o duplo exame das questões submetidas aos órgãos judiciários. Dessa forma, não haveria obstáculos jurídicos para a restrição, mas sim culturais e políticos.

O primeiro destes argumentos se refere ao desprestígio da primeira instância causado pelo fortalecimento do papel dos Tribunais. Este é um dos motivos apontados por Calmon de Passos (1999, p. 109), já em 1999, na primeira edição de "Direito, Poder, Justiça e Processo", para a ineficiência da prestação jurisdicional.

Como o sistema fortalece o papel dos Tribunais, os julgamentos de primeiro grau ficam desmoralizados. Afinal, "quem decide a causa é o Tribunal" (PASSOS, 1999, p. 112). O desprestígio é tão evidente que Chiovenda (2009, p. 620) admite que "a sentença de primeiro grau [...] constitui mera 'possibilidade de sentença', mera 'situação jurídica'; e, não, efetivamente, um ato jurídico sob condição resolutiva".

Marinoni (2015) adverte, inclusive, que uma sentença cujos efeitos são suspensos em razão da necessidade de reanálise pelo tribunal não pode sequer ser considerada uma decisão (comando estatal). É, no máximo, um projeto da decisão que será proferida pelo Tribunal.

O desprestígio da primeira instância com o fortalecimento da autoridade dos tribunais pode ser relacionado, ainda, a outros dois problemas. Em primeiro lugar, há uma desestabilização dos órgãos judiciários, uma vez que, quando o Tribunal reforma uma sentença, mostra o descompasso que pode haver entre os juízos de primeiro e segundo grau. Por outro lado, quando o Tribunal confirma a sentença, demonstra que o juízo *a quo* estava correto, tornando injustificada a espera pelo julgamento de segundo grau.

Em segundo lugar, como a executividade da sentença fica suspensa aguardando o julgamento da apelação, fomenta-se um abuso do direito de recorrer, pois a parte perdedora na sentença poderá utilizar a apelação para postergar o desfecho do processo. Para Marinoni (2015), "pouca coisa é mais irracional, quando se pensa na necessidade de distribuição do tempo do processo, do que obrigar o autor a esperar o tempo que serve unicamente para o réu demonstrar a falta de consistência da sentença".

Potencializa-se, ainda, a descrença do jurisdicionado no Estado,

pois, após esperar longo tempo por um provimento, recebe uma sentença que não produz qualquer efeito prático em sua vida, já que o caso ainda será reapreciado por um Tribunal.

Outro argumento desfavorável à manutenção do "duplo grau de jurisdição" reside na já exposta "polarização de grupo", que tende a gerar decisões mais radicais quando produzidas em grupo do que aquelas que seriam proferidas por seus membros isoladamente (VIOLIN, 2017, p. 7). Evidentemente, o tema merece maiores digressões e experimentações no que concerne à sua aplicação às decisões judiciais.

Ainda, há que se lembrar de um outro fenômeno verificado nos julgamentos colegiados, comuns ao exercício do "duplo grau de jurisdição", denominado como aversão ao dissenso. Este fenômeno acontece quando os integrantes de um colegiado aceitam a decisão proferida por outro membro, mesmo que seu posicionamento pessoal seja distinto. Gera-se uma decisão unânime falsa, já que não representa a soma do entendimento de todos os membros da turma julgadora, mas sim uma barganha entre os julgadores para se evitar decisões vencidas (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, p. 473).

Conforme Violin (2017, p. 7), há vários fatores que podem fomentar a aversão ao dissenso, como a reverência do julgador aos seus pares mais antigos ou mais influentes; para incutir uma falsa ideia de unidade do Tribunal; por expectativa do julgador de que suas decisões também sejam aceitas pelos outros julgadores (reciprocidade); para acelerar a duração do processo; para evitar o trabalho de redigir um voto divergente, concentrando-se nos processos de sua relatoria; ou até mesmo para impedir a tentativa de resgate do voto minoritário pela parte vencida, que atualmente se dá pela técnica de superação da divergência, prevista no art. 942 do CPC/2015.

É de notar, outrossim, que o "duplo grau de jurisdição" invariavelmente colidirá com a noção de celeridade processual, pois o procedimento de preparação e julgamento em segunda instância não é realizado de um dia para o outro, principalmente quando se tratam

de julgamentos colegiados.

Necessário consignar, embora não seja objeto do presente estudo, que o sistema deliberativo dos tribunais pode não gerar o acréscimo de qualidade que se espera do "duplo grau de jurisdição", uma vez que a colegialidade pode ser meramente simbólica, com a adesão, ou não, ao voto proferido pelo relator. Ou seja, pode não haver deliberação efetiva na tomada de decisão pelos tribunais, o que demonstra a fragilidade dos argumentos que defendem a superior qualidade das decisões tomadas colegiadamente em segundo grau.

Nesse particular, é interessante a constatação de SILVA (2015), de que os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal consideram que a prática de levar votos prontos para as sessões de julgamento é um fator antideliberativo, pois torna mais difícil que um ministro reconsidere a posição já assentada no voto, cuja redação tomou tempo e esforço.

Por fim, ainda no que concerne à concepção de que a colegialidade garante a qualidade das decisões tomadas em segundo grau, justificando-se, assim, a existência do "duplo grau de jurisdição", Violin (2017, p. 10) ressalta que não é pluralidade de julgadores que imprime qualidade à uma decisão, mas sim a pluralidade de decisões, dando ênfase à importância dos precedentes como fator para alcançar a segurança jurídica.

À ideia defendia acima por Violin, acrescentamos que a qualidade da decisão judicial só pode ser garantida em um cenário onde o processo, como um procedimento em contraditório, seja empregado como um espaço discursivo, "disciplinado por uma estrutura normativa voltada para a preparação do provimento" (GONÇALVES, 1992, 168) e com a efetiva participação, em contraditório, das partes que se submeterão ao provimento jurisdicional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações finais a seguir esboçadas não carregam a

pretensão de fechar a discussão a respeito da conveniência, ou não, do "duplo grau de jurisdição" para o ordenamento jurídico brasileiro, mas prestam-se a ressaltar os questionamentos formulados ao longo do estudo. Abre-se espaço, assim, para o aprofundamento de questões suscitadas e não resolvidas.

Considerando a unidade e indivisibilidade da jurisdição, verificou-se que a melhor definição para o "duplo grau de jurisdição" seria "duplo juízo sobre o mérito" (NUNES, 2006, p. 112) ou "duplo grau de cognição ou julgamento das lides (TAVARES, p. 2), ressaltando que até mesmo a utilização da palavra grau demonstra uma incorreção da nomenclatura dada a este postulado, uma vez que grau conduz à ideia de hierarquia, característica que não é pressuposto para o "duplo grau de jurisdição".

Os elementos formadores do "duplo grau de jurisdição" são a necessidade do duplo juízo ser realizado por órgão diverso daquele que prolatou a decisão e a exigência que a reapreciação considere todas as questões já discutidas, sem limitações, o que permite compreender o "duplo grau de jurisdição" como o duplo juízo sobre todas as questões jurídicas e fáticas decididas pelos órgãos judiciários do Estado, exercido por órgão diverso daquele que prolatou a decisão, colegiado ou monocrático, independente da existência de hierarquia entre os órgãos.

Não obstante o "duplo grau" tenha constado expressamente na primeira Constituição brasileira (1824), não foi reproduzido nos textos constitucionais que lhe sucederam, o que suscita debates acerca de seu *status* constitucional. No ordenamento jurídico brasileiro, o "duplo grau de jurisdição" é um princípio, pois atua como norma jurídica fundamentadora de outras normas.

Contudo, não possui *status* de direito fundamental, seja por não constar expressamente do texto constitucional, seja por não ser alcançado pela abertura do catálogo dos Direitos Fundamentais promovida pelo artigo 5°, § 2°, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Não se pode sustentar que o "duplo grau de jurisdição"

esteja compreendido no princípio da dignidade humana, pois se esta é aplicada sem fundamentação criteriosa, passa a funcionar no discurso jurídico como uma "espécie de coringa hermenêutico", com aptidão para fundamentar qualquer tipo de decisão, encobrindo eventuais preferências do julgador (SARMENTO, 2016, p. 308).

Outrossim, não é adequado extrair o "duplo grau de jurisdição" dos princípios fundamentais do acesso à justiça, da ampla defesa e do devido processo legal, pois deve ser evitada "uma ampliação, não muito útil e certamente ainda menos desejável, do catálogo" de direitos fundamentais (SARLET, 1996, p. 13). Outrossim, como já exposto, o constituinte previu expressamente o "duplo grau de jurisdição" para duas hipóteses específicas, ao prever a possibilidade dos recursos ordinários para o STF (art. 102, II) e STJ (art. 105, II).

Dessa maneira, o "duplo grau de jurisdição" figura, no direito brasileiro, como um princípio sem *status* constitucional, sendo possível sua restrição pelo legislador ordinário. Diante da possibilidade de restrição, devem ser enfrentados os argumentos políticos para defender ou atacar a existência do "duplo grau" como fator de legitimação das decisões judiciais.

Em prol de sua manutenção no sistema jurídico, argumenta-se que o "duplo grau" é necessário, pois agrega qualidade à decisão judicial, em razão da superioridade e maior experiência dos magistrados de segundo grau. A necessidade do "duplo grau" desponta, também, da exigência de controle interno das decisões judiciais de primeiro grau. Por fim, defende-se o 'duplo grau de jurisdição" por haver nele uma conveniência psicológica embutida, pois ao conceder ao vencido mais uma oportunidade de obter êxito, evitar-se-ia que estados de insatisfação e desconfiança se perpetuassem.

Estes fundamentos não subsistem a uma análise mais criteriosa, pois a experiência e eventual superioridade dos magistrados integrantes dos Tribunais estaria garantida mesmo que não houvesse um duplo juízo sobre a questão jurídica. Bastaria que a solução da

lide fosse confiada diretamente a eles. Outrossim, o controle interno das decisões de primeiro grau pode ser obtido por meio de uma efetiva responsabilização dos julgadores (*accountability)*. Por fim, não parece ser adequado o fundamento psicológico para manutenção do "duplo grau de jurisdição", pois ainda que a decisão seja confirmada por uma instância superior, dificilmente o ser humano se dará por satisfeito, o que fica mais patente ainda quando o julgamento de segundo grau reforma a decisão de primeiro grau, situação na qual há apenas a inversão da insatisfação.

Por outro lado, a possibilidade de restrições ao "duplo grau de jurisdição" pode ser defendida tomando por base as inconsistências verificadas em sua aplicação: o desprestígio da primeira instância causado pelo fortalecimento do papel dos Tribunais; a desestabilização dos órgãos judiciários, quando demonstrado o descompasso que pode haver entre os juízos de primeiro e segundo grau; as implicações negativas à celeridade processual; o abuso do direito de recurso pela parte que apenas pretende postergar o desfecho da demanda; e as falhas relacionadas à própria colegialidade, como a polarização de grupo, a aversão ao dissenso e colegialidade simbólica.

Diante de todas estas constatações, podem ser benéficas ao sistema jurídico brasileiro propostas de restrição do "duplo grau de jurisdição", que, embora não tenham sido objeto do presente estudo, podem residir na cisão das questões veiculadas em um processo, submetendo os fatos ao colegiado e as questões jurídicas à apreciação monocrática (VIOLIN, 2017, p. 9); na imposição de valores de alçada para interposição de recursos (SARLET, 1996, p. 23); na imposição de restrições para recorrer; na criação de órgãos colegiados na mesma instância; e na criação de órgãos singulares na segunda instância.

Apesar de eventuais restrições se mostrarem possíveis no sistema jurídico brasileiro, as propostas neste sentido devem tomar o cuidado para não serem viciadas por um viés estatizante, de ótica simplesmente utilitarista, onde se sopesam custos e benefícios. Dessa maneira, quaisquer propostas deverão levar em consideração as reivindicações do

jurisdicionado, a profundidade do diálogo (respeito aos direitos fundamentais processuais) e o poder de influência exercido pelo cidadão sobre as decisões que lhe serão aplicadas (TEIXEIRA; NUNES, 2013).

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 338p.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. DOU, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

BRASIL. *Constituição Politica do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824***.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.>. Acesso em 14 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 637.975/MG*. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 9 jun. 2011, REPERCUSSÃO GERAL–MÉRITO DJe-168 DIVULG 31-08-2011 PUBLIC 01-09-2011 EMENT VOL-02578-01 PP-00112 REVJMG v. 62, n. 198, 2011, p. 405-407. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626915.> Acesso em: 28 jul. 2017.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito***.** 3. ed. rev. atual. e. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, 264p.

BUENO, Cassio Scarpinella**.** *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, 516p.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2009, 1.323p.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil.* São Paulo: Malheiros, 2016, 264p.

DINIZ, José Janguiê Bezerra. *Princípios Constitucionais do Processo*. Revista dos Tribunais. vol. 739/1997. p. 731 – 749. mai. 1997. DTR\2011\2525.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo***.** 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 192p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo CPC ainda deixou pendente garantia sobre dura-

ção razoável do processo. *Revista Consultor Jurídico*, 13 abr. 2015, Coluna Direito Civil Atual. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/direito-civil-atual-cpc--deixou-pendente-garantia-duracao-razoavel-processo>. Acesso em 2 jul. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum.* vol. 2. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 6Mb, PDF.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal. 10. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, 416p.

NOVELINO, Marcelo. *Manuel de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, 1.647p.

NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso: Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 246p.

NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio; HORTA, André Frederico de. Os Precedentes Judiciais, o Art. 926 do CPC e suas Propostas de Fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*. vol. 263/2017. pp. 335 – 396. Jan. 2017. DTR\2016\24937.

NUNES, Dierle. TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça Democrático*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. 236p.

OLIVEIRA, Lourival Gonçalves. Duplo grau de jurisdição obrigatório e as entidades de Direito público. *Revista de Processo*. vol. 27/1982. p. 155-166. Jul-Set/1982. DTR\1982\28.

PASSOS, José Joaquim Calmon. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam.* Rio de Janeiro: Forense, 1999, 138p.

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review***.** Vol. 49, issue 2. Disponível em: <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR-49-2Peer.pdf>. Acesso em: jan. 2018.

PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, 336p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 131, Brasília: jul./set. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176432/000507777.pdf?sequence=1>. Acesso em 7. jul. 2017.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.* Belo Horizonte: Fórum, 2016, 376p.

SILVA, Virgílio Afonso da. *"Um Voto Qualquer"? O Papel do Ministro Relator***.** Revista Estudos Institucionais, vol. 1, 1, 2015. pp. 183-199.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis*. 6. ed. atual. de acordo com as Leis n. 11.672 e 11.697, de 2008. — São Paulo: Saraiva, 2009. 949p.

TAVARES, André Ramos. *Análise do Duplo Grau de Jurisdição como Princípio Constitucional.* Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 30. p. 177-186. jan/mar. 2000, p. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização***.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 519p.

VIOLIN, Jordão. *Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, polarização de grupo e integridade nos tribunais*. Revista dos Tribunais online. Vol. 268/2017, p. 407-433, jun. 2017. DTR 2017/1347.

PROCESSUALIDADE DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: O NOVO PERFIL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO SÉCULO XXI

Gustavo Ferreira Santos[1]

Luiz Carlos Figueira de Melo [2]

1. INTRODUÇÃO

O exercício dinâmico da função administrativa, a saber, a legalidade convolada em ato administrativo final, somente assim se apresenta graças a uma manifestação instrumental da Administração Pública, em outras palavras, à noção de processo.

Ao longo de séculos, esse hiato aparente entre a lei e o ato, que instrumentaliza a relação entre o poder público e sociedade, passou por transformações significativas. A cada modelo de Estado implementado caminhava-se de determinada maneira por esse transcurso funcional.

Em meio a avanços e retrocessos ocorridos tanto no passado, quanto atualmente, sempre será um desafio, não só da sociedade, mas também da ciência jurídica, pensar em diversas fórmulas de redefinição e reengenharia do papel do Estado e qual seria o mecanismo para que haja justa medida na busca pelo abrandamento das irritações sociais do cotidiano.

1 Advogado Municipal do PROCON de Uberlândia, especialista em Direito Processual Civil e mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: gustavo.ferreirasantos@yahoo.com.br

2 Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade Federal de Uberlândia. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/MG, subseção de Uberlândia. Procurador Jurídico da Câmara de Vereadores de Uberlândia. Advogado militante. E-mail: figueiramelo@uol.com.br

O Estado Democrático de Direito, apesar de atual, está sempre em construção e em vias de se tornar realidade, sendo um projeto inacabado, motivo pelo qual se trata de tarefa árdua do dia a dia implementar a democracia (GUEDES, 2007, p. 145) e, de igual forma, refletir qual seria o instrumento adequado para isso.

Nessa trilha de raciocínio, objetiva-se com este estudo pesquisar qual é o novo perfil do processo administrativo, tendo em vista o paradigma da Administração Pública do século XXI. Desse modo, mister: percorrer a evolução do processo administrativo ao longo do tempo, desde a origem do modelo liberal de Estado, entendida aqui como marco científico e metodológico do Direito Administrativo, até os dias de hoje; caracterizar, sinteticamente, os modelos históricos e tradicionais de Estado e sua relação com a sociedade, a fim de apontar qual a concepção de processo administrativo vigente à época; descrever o novo modelo instrumental da função administrativa dentro de um contexto de Estado Democrático de Direito, definindo a noção atual de processualidade e de processo administrativo; assinalar os efeitos no exercício do poder advindos da análise da Administração Público a partir da Constituição, correlacionando tal método à Filosofia kantiana.

De fato, a constitucionalização do Direito Administrativo e a virada copernicana empreendida por Kant serão ferramentas úteis durante todo esse trajeto, na medida em que o viés constitucional garantidor de direitos fundamentais dispensado ao processo administrativo advém da visão hodierna de que se parte, não do próprio Estado em si e sua máquina burocrática para explicar as instituições, os princípios, conceitos e categorias da função administrativa, mas da Constituição, que elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, no caso do Brasil por intermédio do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Repisa-se, o problema fulcral deste trabalho é responder qual novo perfil do processo administrativo no atual Estado Democrático de Direito, sendo que, para isto, necessita-se indagar previamente: Qual a atual forma de relação entre o poder público e o cidadão?

Como essa interação se deu ao longo dos anos, desde o surgimento do Estado Liberal? Quais foram os modelos de processo administrativo adotados até se chegar no atual modelo de Administração Pública do século XXI? Quais as contribuições do Direito Administrativo Constitucional e, outrossim, da CF/88 ao tema? No que consiste a processualidade da função administrativa?

Visando responder essas questões, sem prejuízo de outros autores e demais pesquisas acadêmicas, elege-se como referencial teórico os estudos da ilustre professora Odete Medauar (2008), que em sua arrojada obra "A Processualidade no Direito Administrativo" trata com maestria o tema, fornecendo amparo seguro para responder a cada uma das inquietações deste trabalho.

A metodologia empregada consiste numa abordagem fenomenológica, porquanto se analisou o atual modelo de processo administrativo como produto de um fenômeno, vale dizer, de uma realidade socialmente construída ao longo dos anos, desde o início do liberalismo econômico como paradigma de Estado até os dias de hoje. De fato, a facticidade e temporalidade do exercício da função administrativa propiciam uma captação do devir desse mecanismo que instrumentaliza a relação do Estado com os cidadãos. Em consonância, como método de procedimento, adotou-se a pesquisa histórica e bibliográfica, além de uma técnica auxiliar teórica e exploratória.

Por fim, pontua-se que, além da introdução, este artigo foi dividido em mais outras três partes.

A próxima seção, intitulada de "Evolução histórica do processo administrativo", versará sobre o percurso percorrido pela processualidade da função administrativa ao longo tempo, tendo-se como parâmetro o modelo de Estado então vigente (liberalismo, bem estar social, neoliberalismo) e como era a interação deste com os cidadãos, partindo-se do no final do século XVIII (pós Revolução Francesa) até chegar ao atual Estado Democrático de Direito.

No tópico de número 3 ("Novo perfil de processualidade da

função administrativa"), a tônica será dada pela análise do Direito Administrativo, da Administração Pública e, notadamente, do processo administrativo à luz da Constituição, a fim de se evidenciar a processualidade do agir do Estado como instrumento de tutela dos direitos e garantias fundamentais, otimizando todos os interesses em jogo (público, privado, metaindividuais), tornando, assim, o exercício do poder numa correlação horizontal e convergente de forças.

A conclusão, ao fim e ao cabo, é o espaço reservado para a consolidação das respostas aos problemas elencados acima, adequando-as aos objetivos e, comedidamente, salientando alguns gestos que contribuiriam com a matéria, sendo local, também, de confirmação das hipóteses, quais sejam: o que mais se coaduna com um Estado Democrático de Direito é o novo perfil do processo administrativo como mecanismo que viabiliza a participação democrática da sociedade na construção de uma decisão estatal final, efetivando-se os aspectos materiais e instrumentais dos direitos fundamentais.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Mapeado todo o escorço deste trabalho, ato contínuo, convém traçar o desenvolvimento do processo administrativo ao longo dos anos, elegendo como marco temporal os primórdios do Estado Liberal, pós Revolução Francesa. Explica-se.

A história do Direito Administrativo sempre esteve ligada àquilo que é de origem comum, coletiva, ou mesmo uma remota ideia do que era considerado público, o que nos transporta a uma época longínqua à Queda da Bastilha, em 1789. Tanto assim que o Direito Romano previa uma estrutura hierarquicamente organizada de poder, bem como reconhecia a inalienabilidade dos bens públicos e as prerrogativas de poder exorbitante no trato da coisa pública. De igual forma, a *polis* grega também era constituída de normas, regras e organizações (MUÑOZ, 2009, p. 11-15).

Não obstante, desmantelado o Antigo Regime, noutras palavras, com o advento do Estado Liberal é que se conseguiu racionalizar um processo de limitação do exercício do poder, iniciando-se uma construção científica acerca da função estatal (MUÑOZ, 2009, p. 14).

Posto dessa forma, o Direito Administrativo e, por conseguinte, a Administração Pública e sua respectiva processualidade, sempre existiram, o que é relativamente recente, com o surgimento do liberalismo, é a sua transformação em ciência (MUÑOZ, 2009, p. 14).

Maurice Hauriou (2003, p. 313) nos leciona que no Estado Absolutista havia uma dominação da lei e do direito pelos juízes, pelo que a essência de tudo aquilo que seria jurídico era produto da magistratura, que possuía íntima relação com a monarquia absolutista.

Superado o despotismo monárquico do século XVIII, marcado pela centralização política, concentração do poder nas mãos do rei e, precipuamente, pela restrição dos direitos particulares, iniciou-se a construção de uma nova forma de Estado, na qual os incipientes poderes institucionalizados fossem contidos e desmembrados, assegurando, pois, as liberdades individuais e a adstringente vinculação entre os juízes e a legalidade formal (*rule of law*): o Estado Liberal ou de Direito.

A Administração Pública do final século XVIII e início do século XIX foi o modelo básico e tradicional da função administrativa da ordem e comando (*command and control*), da legalidade estrita (BARNES, 2013, p. 339).

O ato administrativo se confundia com o próprio Estado (MEDAUAR, 2008, p. 58), constituindo o centro gravitacional de toda a Administração Pública do período liberal e, por conseguinte, do direito administrativo emergente.

Na então recente arquitetura estatal do modelo clássico, a lei ganha papel de destaque, consubstanciando a proeminência das liberdades individuais e o escudo para as investidas do Estado contra seus direitos. A idolatria da lei marcou profundamente a concepção liberal clássica do Estado de Direito: ao particular é dado fazer

tudo que não é legalmente proibido, enquanto à Administração só é permitido atuar nas estritas balizas cravadas pela lei (TAVEIRA JÚNIOR, 2012, p. 112).

Dessa forma, a função administrativa caracterizava-se como mecânica e vicarial (BARNES, 2013, p. 339), tendo em vista a Administração Pública, até então, desdobrar-se por meio do ato administrativo, sendo este a vontade estatal manifesta e, mais, a própria materialização da autoridade (GUEDES, 2007, p. 41).

A relação entre a pessoa e o Estado, portanto, era de poder e subjugação, além de vertical e hierárquica. Sem embargos, partia-se do pressuposto de que a população em geral era autossuficiente, bastando que suas liberdades individuais fossem preservadas, o que tornava fugaz esse elo, cabendo ao particular colaborar para uma função administrativa mais conforme a lei possível (GUEDES, 2007, p. 42).

Instalara-se, então, uma fase instrumental em que a processualidade estatal confundia-se com o próprio ato administrativo. É nesse quadrante que é germinada a ideia da função administrativa como um edifício, cuja pedra fundamental seria o rigorismo legal e o procedimento sua burocracia. Igualmente, "é neste contexto que se formam elementos desde sempre considerados intrínsecos à Administração Pública, tais como a imperatividade, a unilateralidade e a autoexecutoriedade" (SCHIRATO, 2010, p. 12), o que contribuía mais e mais para afastar a sociedade desse prédio com estrutura piramidal, que subjugava o particular à lei, em prol de um dado interesse público.

Com o apogeu do liberalismo e, por conseguinte, do Direito Administrativo, houve a prospecção de um cenário no qual o Estado se tornou um fim em si mesmo, sob o argumento de ser o único a propiciar a felicidade e o bem estar social. Não obstante, persistia uma ideia de que o regime jurídico para regular as ações estatais ainda tinha um efeito muito limitado (RODRÍGUEZ R., 2002, 95).

No desenrolar da história, com o surgimento de uma nova ordem política voltada ao bem estar da sociedade, de cunho eminentemente

constitucional, assim como o próprio amadurecimento científico e metodológico do Direito Administrativo, revelou-se uma tensão dialética entre alguns pontos dessa relação Estado-particular: a alta complexidade social e respectivos anseios de uma população hipossuficiente, cenário este que, por sua vez, não conseguia entrar em sintonia com a noção de que tudo deve estar pormenorizadamente previsto no texto legal.

A lei não encerrava toda a ação do Estado em seu núcleo, o que criou certo distanciamento com o ato administrativo, surgindo, portanto, figuras e objetivos gerais e princípios norteadores da Administração Pública.

O agigantamento das funções administrativas foi um passo natural para a Administração Pública imiscuir-se na mediação do desenvolvimento econômico e na curadoria dos direitos humanos, individuais e sociais (PEREZ, 2009, p. 39): despontava, então, o chamado Estado Social (*Walfare State*) ou Estado Providência.

Ao contrário do que ocorria no liberalismo, o Estado Social pautou-se pela hipossuficiência da pessoa, de que esta necessitaria de uma providência estatal para assistir seus direitos. Sob o apanágio do intervencionismo, instituiu-se um regime jurídico regulatório especial para a atuação da Administração Pública, que passou a realizar atividades não só de cunho estatal, mas, principalmente, sociais (RODRÍGUEZ R., 2002, p. 96). Intervenção tão aguda que até os dias de hoje rememora-se a chacota do famigerado intervencionismo estatal na vida do cidadão: "desde 'la cuna hasta la cumba'" (MUÑOZ, 2009, p. 40).

Calha destacar que foi durante o Estado Social que o Conselho de Estado francês consolidou sua jurisdicionalidade, disseminando, posteriormente, tal modelo de contencioso administrativo para diversos países da Europa ocidental, isto é, um órgão específico do Poder Judiciário para controlar a atividade estatal (RODRÍGUEZ R., 2002, p. 96).

No que concerne ao nosso objeto de análise, esse período do final do século XIX e começo do século XX foi marcado pela teoria do ato complexo, num esforço de suplantar a noção de procedimento

e, consequentemente, cogitação, mesmo que tímida, de um processo administrativo (MEDAUAR, 2008, p. 59).

Tudo isso com vistas a propiciar um estreitamento de laços entre os atores sociais, ficando evidente o papel do Estado Providência que presta bens e serviços públicos ao cidadão, alçado na ocasião a sujeito de direitos, não sendo enxergado doravante como um objeto, um meio para a execução de um ato administrativo (GUEDES, 2007, p. 42-43).

Entretanto, a paulatina densidade e estratificação da máquina administrativa nas últimas décadas do século passado acabaram por resultar em "Estados deficitários e financeiramente inviáveis" (GUEDES, 2007, p. 45).

Diante dessa perspectiva, o neoliberalismo ventilou avidamente o conceito de Estado-mínimo, propondo, num contexto em que a sociedade é fortemente globalizada, uma redução da Administração Pública com a descentralização das funções administrativas, privatização, desregulação e favorecimento da autorregulação e colaboração público-privado (BARNES, 2013, p. 347).

Almejando reduzir o déficit fiscal, passa-se à iniciativa privada o fornecimento de bens e serviços públicos, o que faz com que o Estado atue somente no sentido de regulamentar tais concessões (modelo de regulação).

O impacto que isso gera na atuação administrativa e, outrossim, no Direito Administrativo em geral, é a aproximação destes com o Direito Empresarial, com o Direito do Trabalho, emergindo um certo Direito Público Econômico, segundo o qual o Estado passa a atuar como um empresário, executando por meio de terceiros tanto serviços públicos, quanto privados (VILCHEZ; TAPIA, 2002, p. 146-147).

Nesse sentido, a função administrativa começa a ser executada por meio de atos de gestão, que melhor se coaduna com a figura do Estado-rede, isto é, de exercício policêntrico de poder, no qual os vários núcleos de decisão administrativa, antes concentrados na autoridade máxima do Executivo (Presidente, Governador, Prefeito) ou

de seus imediatos (Ministros, Secretários), são espraiados por toda a Administração Pública.

Bruno Miragem (2011, p. 62) nos alerta, portanto, para uma atual percepção de governança no setor público, uma construção de arcabouços institucionais híbridos, por intermédio da procedimentalização e contratualização, a fim de se alcançar o interesse público da forma mais adequada e menos onerosa possível, isto é, com eficiência.

A procedimentalização nada mais seria que o próprio processo administrativo, local de ponderação dos interesses públicos e privados, num dado ato de tomada de decisão. Já a contratualização abarcaria a formação de acordos, a construção de consensos da ação pública, quebrando com a relação clássica de hierarquia e autoritarismo do poder público (MIRAGEM, 2011, p. 62).

A esse ponto, de final do século XX e início do século XXI, a figura singular do ato administrativo e a sua teoria de complexidade caem por terra, não sendo o processo administrativo mais um produto de abstração, assumindo, portanto, diversas formas (sancionatório, legislativo, disciplinar, tributário, de gestão, de controle, dentre outros), sendo ainda um canal de comunicação entre Estado e sociedade (GUEDES, 2007, p. 47).

Com efeito, por ser o palco onde a Administração Pública e o particular irão divergir ou convergir interesses, afetando a eles próprios e/ou terceiros, o processo administrativo ganha destaque e base constitucional, o que acaba por estender aos direitos e garantias fundamentais uma perspectiva inerente de processualidade, para além do âmbito judiciário.

Analisando o tecido constitucional brasileiro, observa-se que a CF/88 abriga a exata expressão processo administrativo ao longo de seu texto e em diferentes contextos, nos seguintes dispositivos: art. 5º, incisos LV (contraditório e ampla defesa), LXXII (*habeas data*) e LXXVIII (duração razoável do processo); art. 37, inciso XXI (obrigatoriedade do processo licitatório); no art. 41, § 1º, inciso II (perda

do cargo por servidor público estável); e, finalmente, no parágrafo único do art. 247 (perda do cargo por servidor público estável em atendimento às adequações financeiras de responsabilidade fiscal).

Convém esclarecer, por oportuno, que as Constituições brasileiras anteriores à de 1988 restringiam o processo administrativo simplesmente à questão disciplinar do servidor público, ganhando previsão expressa pontualmente a partir da Constituição de 1934 (art. 95, §3º, e art. 169, *caput*), seguida pela de 1937 (art. 156, alínea "c"), de 1946 (art. 127, art. 189, inciso II), de 1967 (art. 103, inciso II, e art. 138, §1º) e, finalmente, pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 95, §1º, e art., 105, inciso II).

Doutro norte, isso fez com que, de igual forma, a doutrina hodierna desenvolvesse um estudo ainda mais metodológico, apurado e interdisciplinar da Teoria Geral do Processo, que ganhou considerável força ao longo do século XX, aduzindo, assim, uma ideia de processualidade que englobasse não só os provimentos judiciais, mas também os Poderes Executivo e Legislativo (MEDAUAR, 2008, p. 19).

Ademais, no âmbito brasileiro, a edição da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, corroborou essa tendência, para que esse ramo do direito administrativo aflorasse os seus princípios, regras e fundamentos, tornando o tema do processo administrativo mais técnico, mais científico.

Desta feita, a fim de aprofundar sobre esse paradigma de processo administrativo do século XXI, corolário da constitucionalização do Direito Administrativo, urge debruçar-se sobre o "Novo perfil da processualidade da função estatal", motivo pelo que se apresenta, com esse título, o tópico 3 a seguir.

3. NOVO PERFIL DE PROCESSUALIDADE DA FUNÇÃO ESTATAL

Neste momento, o atual contorno da processualidade

administrativa será o ponto chave da pesquisa, a fim de se estabelecer a essência desse entremeio que une o Estado e o cidadão, ou seja, do que efetivamente se ocupa o exercício dinâmico da função administrativa.

A processualidade no Direito Administrativo é tema de extrema relevância, tendo sido objeto de professoral monografia de Odete Medauar (2008), na qual a ilustre administrativista nos chama atenção para o fato de que o processo administrativo é o elo entre a Administração e o administrado, é o instrumento que diminui o distanciamento entre o Estado e a sociedade, dando voz ao povo, balizando, outrossim, a função administrativa com vistas aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (MEDAUAR, 2008, p. 20).

Sucede-se que essa percepção de processualidade administrativa como instrumento de garantia dos direitos fundamentais da sociedade é fruto da constitucionalização do Direito Administrativo, paradigma de um Estado Democrático de Direito, ou seja, do século XXI.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2009, p. 9), a todo o momento reforçando que o Direito Administrativo é o Direito Constitucional concretizado, preleciona que "Constitución y Administración Pública son dos realidades complementarias que se entendien y explican en un marco de mutuas interacciones y relaciones que permiten comprender el alcance de la función administrativa según cual sea el modelo de Estado definido en cada Constitución."

O Direito Administrativo Constitucional deve facilitar, por meio de suas fontes (sendo o processo administrativo uma delas), o exercício dos direitos e garantias fundamentais, tendo em conta os componentes essenciais do Estado Democrático de Direito, precipuamente a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88). E mais, deve abrir as portas para novas correntes de ideias e de desenvolvimento técnico-científico, não se olvidando o saber jurídico aplicado à práxis administrativa, que é viva e cambiante (VILCHEZ; TAPIA, 2002, p. 150.).

É indubitável, outrossim, que a constitucionalização do Direito

Administrativo significa permear o núcleo duro dogmático do administrativismo clássico, a saber, supremacia do interesse público sobre o interesse particular, legalidade administrativa formal, intangibilidade do mérito administrativo, centralização e unidade do Poder Executivo, pelo que, num hodierno modelo de Estado e de Administração Pública o interesse público é objeto de uma releitura à luz do postulado da proporcionalidade. Nesse compasso, a Constituição passa a ocupar o cerne da vinculação administrativa à juridicidade, a discricionariedade administrativa é submetida a um controle de graus de vinculação e, finalmente, a coexistência de uma miríade de núcleos de poder administrativo é um sistema que se impõe (BINENBOJM, 2008, p. 6-8).

Apesar desse não ser o foco deste estudo, é nessa esteira de raciocínio que o processo administrativo demonstra a sua atual pujança, sendo encarado nos dias de hoje como peça-chave da função administrativa, porquanto mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais, garantindo a todos os interessados a participação na decisão estatal, substituindo a traumática relação vertical subjugadora dos séculos passados (relação de poder) por um tratamento de pé de igualdade, horizontal (relação de gestão).

Com efeito, repele-se uma supremacia de interesses calcada no império da lei. Todos os princípios e fundamentos que formam e unem a sociedade devem perpassar pelo processo administrativo, local onde o Estado e o cidadão irão solucionar uma dada situação. Dessa forma, sob o signo da igualdade substancial e do respeito à dignidade da pessoa, o Estado, no processo administrativo, vai atuar de forma democrática e atribuir o valor de pessoa, de ser humano ao cidadão, em antagonismo ao perfil autoritário do Estado e de súdito dos administrados (BRÜNING, 2007, p. 82).

Em breve digressão, toma-se como parâmetro, nessa altura, a filosofia moral kantiana, cujo elementos cruciais são a pessoa e a sua dignidade (ANDRADE, 2000, p. 51). Tendo em vista que o parágrafo único do artigo 1º da CF/88 estabelece que todo o poder emana do povo, sendo a dignidade da pessoa humana um dos

fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88), há uma mudança de referencial na legitimação do poder e, por conseguinte, da função administrativa, assim como revelado por Kant com a sua revolução copernicana.

Sendo a pessoa o fim em si mesmo, sendo-lhe inatos os direitos políticos, à liberdade, à república e à paz (ANDRADE, 2000, p. 51), "la persona se constituye en el centro de la acción y del espacio público" (MUÑOZ, 2009, p. 44), integrando, portanto, o centro da ação política, sendo seus direitos humanos inalienáveis.

O Estado Democrático de Direito deixa claro que é o cidadão quem legitima toda a esfera de poder, de atuação da Administração Pública, razão pela qual a participação popular deve estar presente em decisões de caráter coletivas e individuais (TAVEIRA JÚNIOR, 2012, p. 130).

Para tanto, conforme ventilado anteriormente, sob os influxos da constitucionalização do Direito Administrativo, a Constituição torna-se epicentro da atuação estatal, fonte legitimadora primeva, sendo que todo e qualquer problema, por mais comezinho que seja, deve ser analisado sob a luz dos princípios e regras constitucionais (RODRÍGUEZ R., 2002, p. 100), donde se infere que o Direito Administrativo, incluindo aí o processo administrativo, parte da Constituição para explicar suas instituições, conceitos e categorias, e não ao contrário.

Retomando o objeto da pesquisa, pode-se afirmar que robustece a concepção da processualidade administrativa analisar o processo administrativo como um instrumento por meio do qual o cidadão participa do provimento estatal, não sendo o ato administrativo um procedimento pronto e acabado, um fim em si mesmo para atender os mandos e desmandos do Estado.

> "No contexto do fim do século XX e início do século XXI, em que a separação entre Estado e sociedade perde nitidez, em que ocorre progressiva aproximação entre Administração e cidadãos da sociedade civil, em que os inúmeros grupos sociais colaboram na identificação do interesse público, dificilmente se poderia aceitar a

> ideia de que os atos do esquema processual administrativo visam a satisfazer o interesse da Administração, autora do ato final." (MEDAUAR, 2008, p. 36)

A processualidade da Administração Pública vem no sentido de legitimar a atuação estatal, fornecendo um meio adequado que melhor justifica e consubstancia o seu agir. Na mesma senda, falar em processo administrativo é falar que a Administração Pública, ao se relacionar com o cidadão, o faz com contraditório, com a participação de todos os interessados na respectiva sucessão de atos.

O novo paradigma, segundo Odete Medauar, consiste na

> "mitigação da visão da Administração Pública como titular de prerrogativas absolutas em relação ao administrado e mesmo da supremacia do interesse público como princípio com traços de aplicação preferencial, afastando como regra o interesse particular. Da mesma forma, exige-se da Administração Pública, no seu proceder, uma constante legitimação, à luz do Estado Democrático de Direito estabelecido, que assegure participação dos cidadãos nas questões administrativas de interesse geral. Esta legitimação se estabelece, então, de um lado: a) pela exigência de um procedimento administrativo e a garantia da sua regularidade; e, de outro: b) pela disciplina de mecanismos que assegurem aos administrados o máximo e acesso a informações e efetiva participação no processo de tomada de decisões da Administração Pública." (MEDAUAR, 2008, p. 46)

A processualidade, então, não é somente o rito ordenado de atos, seguindo-se uma legalidade estrita. Ela pressupõe, "além do adequado cotejo dos direitos e interesses em eventual disputa no âmbito da atuação administrativa, também a conformidade desta atuação com os direitos fundamentais e os deveres de proporcionalidade e razoabilidade da conduta da Administração Pública e do seu resultado concreto" (MEDAUAR, 2008, p. 47).

Dessa forma, a amplitude da processualidade da função administrativa é tal que engloba todos os ramos de atividade do poder público, a saber, Executivo, Legislativo e Judiciário (MEDAUAR, 2008, p. 78). Forma-se uma estrutura dialógica de decisões estatais

e garantidora de direitos fundamentais (NUNES, 2008, p. 45), um "espaço público de problematização de todas as questões para a adequada formação de todos os provimentos" (NUNES, 2008, p. 49), sejam eles jurisdicionais, legislativos ou administrativos.

E esse palco de consensos e dissensos na seara da função administrativa é, sem sombra de dúvidas, o processo administrativo, local de identificação, ponderação e otimização de todos os tipos de interesses (individuais, públicos e metaindividuais) com vistas ao encerramento da atividade estatal, com a exaração do ato final.

Citando, novamente, Odete Medauar, "o processo administrativo representa um dos meios pelos quais, na atividade administrativa, se concretizam princípios e normas constitucionais. Significa, portanto, um núcleo que abriga regras substanciais da atuação administrativa e do ordenamento, de modo conforme aos princípios constitucionais" (MEDAUAR, 2008, p.78). É, destarte, uma garantia fundamental, pois se destina a tutelar direitos e garantias fundamentais no exercício da função administrativa.

A processualidade do Poder Executivo representa a chave da Administração Pública do século XXI, justamente por ser um mecanismo que permite o diálogo franco e aberto com todos aqueles que possuem interesses subjacentes ao caso concreto (Estado, cidadão, pessoa jurídica, terceiro interessado, órgãos de fiscalização e controle e assim por diante), sendo que a tutela dos direitos fundamentais dá-se por intermédio do contraditório, ampla defesa, fundamentação, transparência, ética, possibilidade de controle, duração razoável do processo, dentre outros tantos comandos constitucionais que podem ser aplicáveis a uma conjuntura específica (SCHIRATO, 2010, p. 47).

Com efeito, o processo administrativo num contexto de Estado Democrático de Direito, como o atual, pressupõe a efetiva participação de todos (Democrático) e a observância às regras pré-determinadas do jogo (de Direito), com produção de provas, apresentação de alegações e, eventualmente, de recursos, sendo-lhes oportunizado o poder

de convencimento quando do provimento estatal. A decisão estatal deve refletir, assim, o pluralismo da sociedade, sendo calcada pelos vários pontos de vista dos interessados.

Resumidamente, Vitor Rein Schirato assinala que

> "A afirmação dos cânones do Estado democrático de direito consubstanciam-se no processo administrativo na medida em que este (i) confere ao administrado a faculdade de participar na formação da decisão administrativa, (ii) confere ao administrado faculdades inerentes ao exercício de efetiva participação no processo de formação da decisão administrativa, tais como o contraditório e ampla defesa e (iii) fornece ao administrado ferramentas mais concretas para controle da legalidade do ato administrativo perante o Poder Judiciário." (SCHIRATO, 2010, p. 45)

Nessa toada de processualidade como sinônimo de democracia, participação e controle (GUEDES, 2007, p. 104), a fim de enriquecer ainda mais este estudo, calha destacar o termo **processo administrativo cidadão** utilizado por Raulino Jacó Brüning (2007, p. 18. Grifo do autor) para ilustrar que o futuro da instrumentalização do agir estatal deve ser encarado e concretizado como um direito fundamental expresso na Constituição.

De fato, fruto de um intenso movimento constitucionalista fomentado no século XX, o modelo constitucional de cidadania participativa da processualidade consolida os provimentos estatais, como o processo, que é o instrumento mais apto a balizar os interesses em jogo, sejam eles públicos, privados e/ou metaindividuais.

A democratização do processo representa a quebra daquelas degenerações processualísticas dos paradigmas clássicos da formação do Estado. O novo modelo de comparticipação das partes dentro do processo (endoprocessual) permite a superação dos modelos liberal, social e neoliberal do processo, de suplementação de tais quadros processuais, de modo que se visa alcançar uma participação efetiva de todos na decisão estatal (NUNES, 2008, p. 208).

Deveras,

> "A Constituição da República ao plasmar a cidadania como princípio fundamental magno do Estado brasileiro; ao consagrar o princípio do devido processo legal no inc. LIV do art. 5º; e a garantia de um processo marcado pelo contraditório, ampla defesa e pluralidade de instâncias (art. 5º, LV, CF), escultura um modelo de processo administrativo participativo. Esse modelo de processo, calcado na principiologia consagradora de valores, permite leituras sucessivas no curso do tempo, para consagrar paradigmas novos e compatíveis como o modelo estatal, e destarte, no exercício funcional que se alveja implementar." (MELO; ROCHA, 2007, p. 264)

No que pertine ao processo administrativo, tem-se que este não é um mero rito ordenado de atos regido por uma legalidade. Analisando-o sob o viés constitucional, numa leitura compatível com o hodierno Estado Democrático de Direito, observa-se que a processualidade da função administrativa está no cotidiano relacional do Estado e sociedade. Não é a forma como o governo dá vazão aos seus provimentos, ou mesmo reforça os seus atributos do *ius imperii*, mas sim o processo administrativo pautado por um viés constitucional é quem representa um novo olhar para essa ligação social que data de séculos.

O processo administrativo, hoje, propicia (ou deveria propiciar) uma articulação dialógica dos interesses públicos, privados e metaindividuais, num movimento horizontal de resolução de conflitos ou convergência de consensos, não devendo se considerar uma supremacia pré-determinada e sem que haja sobreposição de um ou outro interesse.

Isso faz com que o poder estatal seja legitimado e a cidadania empreendida, na medida em que o processo administrativo representa o instrumento da função administrativa que assegura a tutela dos direitos fundamentais, tanto em seus aspectos materiais (que podem ser condensados nas gerações ou dimensões dos direitos), quanto instrumentais (contraditório, ampla defesa, fundamentação, duração razoável, dentre outros).

Com efeito, a ampla processualidade, corolário do Direito Administrativo Constitucional, perfaz o novo perfil do processo administrativo supracitado, aproximando Estado e sociedade,

dando mais eficácia e impessoalidade à função administrativa, porquanto sistematizada democraticamente sob a égide dos direitos e garantias fundamentais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mensurabilidade do poder no exercício da função administrativa é, indubitavelmente, atemporal. Às vezes incessante, a busca pela equalização dessa relação Estado-cidadão estabelece um traço comum de toda a mutação paradigmática sofrida pela Administração Pública.

Não se olvida que as transformações pelas quais passou (passa e ainda passará) o Estado implicaram, também, na mudança da forma como os particulares relacionam entre si e de que modo estes se comportam diante da Administração Pública (poder de polícia, tributos, prestação de serviços públicos e etc.).

Quebrando com o atavismo conservador da Administração Pública clássica, a ampla processualidade que comina no provimento estatal, seja ele judicial, administrativo ou legislativo, cria condições favoráveis à participação popular, com maior abertura, democraticidade, transparência e ética do Estado.

E essa processualização do agir estatal no presente nada mais é do que o reflexo das transformações históricas pelas quais os Estados e a sociedade passaram, notadamente desde o final século XVIII, pós-revolução francesa, passando pelo liberalismo, o Estado Providência, o neoliberalismo, até chegar aos dias de hoje, com seus instigantes desafios para contribuir com a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Deslocando-se de uma origem autoritária e incipientemente procedimental (ato complexo), na qual o nexo entre Estado e cidadão era de subordinação e hierarquia, o processo administrativo passa a ser um instrumento constitucional de defesa dos direitos e garantias fundamentais, pelo que o foco deixa de ser a Administração Pública e o ato administrativo *per se*, para ter como epicentro o cidadão e todos

os pressupostos da sua dignidade (materiais e instrumentais), num movimento idêntico de troca de perspectivas feito por Kant quando da virada copernicana.

Deveras, a concepção de processo administrativo do século XXI está ligada a uma mútua colaboração entre Administração e os cidadãos, otimizando os interesses públicos, individuais e metaindividuais de maneira democrática, sem que um prevaleça sobre o outro, horizontalizando, pois, a relação entre eles.

À medida em que a Administração Pública vai evoluindo e, com ela, a sua relação com os cidadãos, a calibragem do poder exercido na sociedade vai se ajustando via processo administrativo. É uma maturação do exercício da função administrativa, que passa a tratar o cidadão como igual (processo) e não como súdito (destinatário de um ato).

A CF/88 deu nova dimensão à processualidade administrativa brasileira, inserindo-a no rol de direitos e garantias fundamentais, o que reforça ainda mais o exame do Direito Administrativo à luz do tecido constitucional. A Constituição é o instrumento por meio do qual a democracia, enquanto fundamento, e os sistemas de direitos e garantias fundamentais se institucionalizam no âmbito do Estado. Examinar a atividade da Administração Pública por meio da Constituição permite uma releitura daqueles institutos tão caros ao modelo clássico do agir estatal (supremacia do interesse público, princípio da legalidade estrita, intangibilidade do mérito administrativo, centralização do poder; autoexecutoriedade, imperatividade e unilateralidade do ato administrativo).

Tendo em mente que o interesse público deve ser adequado às realidades sociais e individuais e, principalmente, à realidade constitucional, o papel do Direito Administrativo hodierno, no contexto de Estado Democrático de Direito, é de calibrar tais interesses e realidades com vistas aos direitos e garantias fundamentais, mediante os postulados da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesta senda, reforçando o que já foi dito, o processo

administrativo é o instrumento que melhor se adéqua a esse perfil paradigmático de Direito Administrativo e de Administração Pública do século XXI, por franquear, adequadamente, a participação dos cidadãos nas decisões estatais e garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

A título de arremate, instiga-se, pois, um movimento de luta pelo direito, como proposto por Eduardo García de Enterría (1974), nomeadamente quanto ao processo administrativo, para consolidar cada vez mais o conceito de que a processualidade do agir estatal garante tanto os aspectos materiais quanto instrumentais dos direitos e garantias fundamentais da sociedade. E mais, urge despertar do "sono dogmático" todos os operadores jurídicos que, de uma forma ou de outra, oficiam na função administrativa, embalados por aquela ultrapassada visão acerca do processo administrativo como sinônimo de ato administrativo (propriamente dito ou complexo) ou de procedimento.

Deve-se ter em mente, sem embargos, que este caminho a ser percorrido desde a lei até o ato final da Administração Pública, à primeira vista intrincado, também está em evolução e, certamente, será objeto de releituras e readequações, sendo um equívoco falar num estado permanente de processo administrativo. As transformações e adaptações a uma realidade mais prática são constantes, até mesmo porque a sociedade é assim, dinamicamente matizada e multíplice. O importante é não retroceder, jamais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Regis de Castro. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In: WELFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 10. ed. São Paulo: Ática, 2000. v. 2. p. 47-100.

BARNES, Javier. Las transformaciones del derecho administrativo contemporâneo y el control judicial de la administración pública**.** In: RUIZ, Jorge Fernández; SALAS, Filiberto Otero (Org.). *Justicia contenciosa administrativa*: Congresso Internacional. Ciuidad de México: Universidad Autónoma de México, 2013. p. 339-352. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/19.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um

inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio 2008. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRÜNING, Raulino Jacó. *Processo administrativo constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1974.

GUEDES, Demian. *Processo administrativo e democracia*: uma reavaliação da presunção de veracidade. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Granada: Comares, 2003.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELO, Luiz Carlos Figueira de; ROCHA, Altamirando Pereira da. O perfil do processo administrativo do século XXI. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 35, p. 261-269, 2007.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática*: institutos de participação popular na administração pública. 1. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RODRÍGUEZ R., Libardo. Las vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI. In: RUIZ, Jorge Fernández (Org.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI:* Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo – Homenaje a Jesús González Pérez. Ciuidad de México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 93-104. Disponível em: < http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/316/9.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 9-51.

TAVEIRA JÚNIOR, Rubens Silveira. O processo administrativo como instrumento democrático de participação. *Revista Controle*, Fortaleza, v. X., n. 1, p. 115-139, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/send/176-revista-controle-volume-x-n-1-jan-jun-2012/1785-edicao-completa>. Acesso em: 20 set. 2016.

VILCHEZ, Julio Ramón García; TAPIA, Roberto Carlos Borge. El derecho administra-

tivo en el siglo XXI. In: RUIZ, Jorge Fernández (Org.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*: Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo – Homenaje a Jesús González Pérez. Ciuidad de México: Universidad Autónoma de México, 2002. p. 145-150. Disponível em: < http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/316/12.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA: DA CULTURA DA SENTENÇA ESTATAL AO TRIBUNAL MULTIPORTAS

Bruna Vian Fetz

1. INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a revitalização da cidadania e a conscientização das pessoas em relação à proteção de seus direitos, a sociedade enfrenta novos desafios: o Poder Judiciário, sistema estatal de pacificação social, precisa garantir a plenitude do acesso à justiça, na mesma medida em que cresce a complexidade das demandas sociais contemporâneas, gerencia problemas administrativos e financeiros, excesso de burocracia e a judicialização excessiva das demandas sociais. Esses problemas têm como consequências a morosidade na tramitação dos processos, o elevado custo, a ausência de efetividade, a perda de qualidade na prestação jurisdicional e a insegurança jurídica.

Diante deste cenário, o sistema estatal fica cada dia mais distante das aspirações hodiernas da sociedade, que precisa de mecanismos eficazes de solução de conflitos. Como resultado, o princípio da proteção judiciária é colocado em xeque.

A insuficiência dos instrumentos judiciais diante das necessidades dos indivíduos e organizações fomentou a sistematização de mecanismos alternativos para a resolução das controvérsias, com a valorização de métodos extrajudiciais, como a arbitragem, ou métodos consensuais tanto judiciais como extrajudiciais, os quais, devido

às suas características de aplicação, são usualmente denominados de métodos adequados de solução de conflitos.

Essa sistematização vem acontecendo gradualmente, merecendo destaque alguns marcos das principais mudanças no cenário processual, tais como a Resolução do Conselho Nacional de Justiça de n. 125, do ano de 2010, o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que regula a utilização da mediação. Esses regramentos trouxeram ao sistema processual brasileiro um novo modelo, fomentando os métodos consensuais de solução de conflitos, tanto no âmbito judicial, como no extrajudicial, inclusive em relação aos conflitos com a Administração Pública

Dentre esses mecanismos, a mediação, maneira autocompositiva de solução de conflitos, vem ganhando espaço e mostrando sua relevância na garantia de uma ordem jurídica justa. Por ser um instrumento que tem como objetivo principal restabelecer o diálogo entre as partes, fortalecendo vínculos que possam ter se desgastado em virtude de uma controvérsia, seus resultados reforçam a perquirição da pacificação social.

Sob o viés da evolução que a interpretação da garantia do acesso à justiça vem sendo submetida, assim como da perspectiva do conceito de Tribunal Multiportas, que oferece múltiplas possibilidades aos cidadãos no que se refere à escolha da forma como querem ter seus conflitos resolvidos, pretende-se discorrer sobre o papel da mediação na efetivação dos princípios constitucionais.

2. O ACESSO À JUSTIÇA E O TRIBUNAL MULTIPORTAS

Com a promulgação da "Constituição Cidadã" em 1988, os cidadãos brasileiros experienciaram a criação de direitos e ações novas, com a multiplicação de hipóteses de legitimação e tutela até então possíveis. Desde então, verificou-se a ascensão institucional do Judiciário e um aumento de demanda por justiça, que, aliados à constitucionalização do Direito, deram lugar ao fenômeno de

judicialização das relações políticas e sociais (BARROSO, 2009, p. 348). Luís Roberto Barroso explica que a judicialização, ao contrário da ideia de usurpação de poderes, merece ser entendida como a multiplicação de matérias controvertidas inseridas no âmbito de alcance da Constituição, que são passíveis de discussão perante o Judiciário (BARROSO, 2009, p. 348).

Fernanda Rocha Lourenço Levy destaca que, com a mudança do estilo de vida da sociedade ocorrida nos últimos 50 anos, os direitos e a litigiosidade aumentaram, ao passo que as pessoas possuem relações cada vez mais complexas, sem que as organizações estatais estivessem preparadas para a gestão adequada de tantos conflitos que delas resultam (LEVY, 2013, p. 24).

Embora no passado tenha sido importante conferir ao Estado o monopólio da resolução dos conflitos, pois assim foi possível regular e pacificar a convivência social (LEVY, 2013, p. 28), vive-se no Brasil uma crise no sistema judiciário, devido à morosidade e ao elevado custo de tramitação dos processos ao longo do tempo (CAHALI, 2017, p. 27).

Francisco José Cahali (2017, p. 27), aponta que pesquisas promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram uma "Taxa de Congestionamento" de 71,%[1] e uma estimativa de custo médio de cada processo de R$1.848,00 na Justiça Comum, mas que pode chegar a R$6.839,00. Além desses números, a quantia de processos em andamento é extraordinária: no Brasil, em todas as esferas, a estimativa é de estarem em curso 100 milhões de ações (CAHALI, 2017, p. 28).

Com essa realidade, a visão social de que a justiça é alcançada exclusivamente através de um processo judicial, que culmina em uma sentença estatal, passou a ser questionada e debatida enfaticamente,

1 De cada grupo de 100 processos em tramitação, 71 terminaram o ano de 2009 sem solução, conforme demonstrado no relatório "Justiça em Números" de setembro de 2010, o que reforça a importância do compromisso com metas de desempenho, firmado pelos tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (CAHALI, 2017, p. 28).

com uma análise mais profunda do que é o acesso à justiça.

Humberto Theodoro Junior (2017, p. 115) afirma que, quando o texto constitucional trata deste acesso, no artigo 5º, inciso XXXV, o faz garantindo a todos os detentores do direito ameaçado ou lesado a tutela jurisdicional. Ao estudar a "jurisdição", o doutrinador vai além do conceito escrito por Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 147 apud THEODORO JUNIOR, 2017, p. 104) de que é "[...] *uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça*" e faz uma abordagem da jurisdição não como poder, mas como função, expondo que "[...] *o que caracteriza a função jurisdicional é o papel da Justiça de prestadora da tutela (defesa) ao direito material* [...]", ou seja, é um instrumento para defesa dos direitos (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 107). Como os direitos possuem várias necessidades, a jurisdição também deve ter múltiplas técnicas processuais para se adaptar e não deixar nenhuma dessas necessidades desamparadas (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 107).

Dessa premissa, o acesso à justiça passa a ter uma conotação muito mais abrangente, como aborda com propriedade o jurista Kazuo Watanabe (2005, p. 684, apud CAHALI, 2017, p. 63):

> O *princípio do acesso à justiça*, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o *acesso à ordem jurídica justa*, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. [...] Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio da sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação.

Nessa toada, passou-se a entender que o acesso a uma ordem jurídica justa precisa de formas diversas do contencioso propriamente

dito, fazendo-se valor de meios alternativos de solução de conflitos (CAHALI, 2017, p. 63). Em discurso em sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Cezar Peluso afirmou a necessidade de se colocar à disposição da população outras medidas, além da sentença, como mecanismos facultativos ao exercício da função constitucional de resolver conflitos, de cuja adoção resultaria o desafogo dos órgãos judicantes e uma maior celeridade processual (CAHALI, 2017, p. 63). O ministro ainda concluiu que esse seria um subproduto de um resultado mais relevante: "[...] *a mudança da mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses*." (CAHALI, 2017, p. 64).

Um relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa citado por Fernanda Levy (2013, p. 26), descreve esse movimento atual no sentido de formatar um novo modelo de administração da justiça, por meio da "*criação de um sistema integrado de resolução de litígios que assente na promoção do acesso ao direito pelos cidadãos e permita vencer as barreiras sociais, econômicas e culturais que obstem à sua resolução".*

Portanto, em que pese milenarmente o homem ter solucionado seus conflitos através de meios como negociação, mediação e instituições de julgamento privadas, numa espécie de arbitragem, a cultura social da sentença estatal como a forma "padrão" para resolução dos impasses vem sendo alterada. Como ressalta Fernanda Rocha Lourenço Levy "[...] *o mundo jurídico e a sociedade estão a reconsiderar os métodos de solução dos conflitos e como eles são empregados*", com vistas a superar a cultura da sentença estatal e passar a adotar a cultura da pacificação de conflitos, por meio "[...] *da utilização de práticas consensuais privadas ancestrais de resolução de conflitos*" (2013, p. 25).

Essas novas perspectivas encontram respaldo no conceito da pluralidade de portas, ou seja, da ideia de que existem muitas formas de se resolver conflitos, não apenas por meio da jurisdição estatal, haja vista que, como visto, o acesso à justiça deve ser entendido

como "*o acesso à entidade (ou terceiro) que os litigantes considerem mais legítima e adequada para a resolução do seu litígio e defesa dos seus direitos.*", sendo que esse terceiro pode ser um Tribunal estatal ou outra pessoa ou entidade privada, conferindo-se ao cidadão a possibilidade de escolher quem resolverá seu litígio, de maneira mais acessível, próxima, rápida e eficiente (PEDROSO; TRINCÃO; DIAS, 2001 apud LEVY, 2013, p. 26).

Por isso é que, recentemente, o Governo e a comunidade Jurídica, muito se empenharam para promover mudanças normativas e de paradigmas, "[...] *com o objetivo de dar maior eficiência à prestação jurisdicional do Estado inclusive implantando definitivamente o chamado* Tribunal Multiportas *através da Resolução CNJ 125/2010"* (CAHALI, 2017, p. 28).

O "*Tribunal Multiportas*" foi um conceito criado pelo professor de direito de Harvard, Frank E. A. Sander, apresentado na *Pound Conference* em 1976 e consiste em uma:

> "[...] instituição inovadora que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes. [...] Esses métodos abrangem mediação, arbitragem, avaliações iniciais neutras, e minijulgamentos." (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012, p. 25-26)

Além disso, foi incorporado ao Código de Processo Civil de 2015 a mediação ou conciliação como etapa inicial do processo judicial e a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 – Lei da Mediação, confirmou a mediação judicial, além da mediação extrajudicial, introduzindo regramento a respeito da autocomposição de conflitos com a Administração Pública–parte que muito congestiona o Judiciário (CAHALI, 2017, p. 28).

Diante de tantas questões que dificultam o acesso à ordem jurídica justa, Levy sustenta que esses avanços representam um enorme ganho à sociedade brasileira, pois os meios extrajudiciais dirimentes de conflitos foram reconhecidos como legítimos pelo

próprio Estado (2013, p. 28).

Esse reconhecimento de que existem vários caminhos possíveis para a resolução de conflitos e a utilização desses meios de maneira adequada ao contexto em que os conflitos se apresentam é, nas palavras de Fernanda Levy (2013, p. 30) "[...] *uma das bases, senão a fundamental, para o acesso à ordem jurídica justa e ao caminho do paradigma da pacificação social*".

Portanto, é salutar entender essas novas perspectivas de acesso à justiça e compreender o funcionamento do denominado "sistema multiportas", pois é chegado o momento para incorporação dessa ideia.

3. OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os métodos multiportas são constituídos de duas formas de solução de conflitos: hetero e autocompositivos. Esses mecanismos se complementam e permitem ao cidadão a escolha do meio que for mais adequado à resolução de seu conflito (NUNES, 2016, p. 38).

Segundo Nunes (2016, p. 38), os métodos heterocompositivos, também chamados de adjudicatórios por Levy (2013, p. 53), são aqueles em que a resolução ocorre através de um terceiro, que pode ser um juiz ou tribunal estatal, ou um árbitro. Nesta classificação, tem-se a arbitragem e a jurisdição estatal (NUNES, 2016, p. 40).

Por sua vez, nos autocompositivos as próprias partes é que constroem a solução dos seus conflitos, podendo ocorrer através do consenso direto (negociação), ou com o auxílio de um terceiro que intervirá e facilitará a comunicação (conciliação), ou ainda com o apoio de um assistente e facilitador, também terceiro à causa (mediação) (NUNES, 2016, p. 38).

Nunes também aponta as formas híbridas ou mistas, que combinam mais de uma forma de resolução de conflitos, mesclando técnicas autocompositivas com heterocompositivas (2016, p. 41), como a

utilização, para um mesmo conflito, da mediação e da arbitragem.

Levy (2013, p. 53) destaca outra classificação dos meios de resolução de conflitos, que seria a pública e a privada, enfatizando em seu estudo os métodos privados. A autora afirma que "[...] *os meios privados de resolução de conflitos se desenvolveram como alternativas à tutela estatal*" e que estariam inclusas nessa categoria a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação, principais métodos de solução de controvérsias hodiernamente.

Cada um desses modelos de resolução de conflitos, embora compartilhem características semelhantes, são diferentes em sua lógica e procedimento, possuindo uma identidade singular (LEVY, 2013, p. 54). Por isso, a fim de melhor entender o contexto, as vantagens e a aplicação dessas técnicas, é que se faz necessário diferenciá-las.

A arbitragem é um meio que se caracteriza por ser de heterocomposição, ou seja, há um julgamento exarado por um terceiro imparcial. Segundo Cahali (2017, p. 44), esse é um método adversarial, pois as posições das partes são contrapostas, autorizando-se ao árbitro a solução da questão. Será proferida uma decisão, que será imposta ao cumprimento das partes, tal qual no Judiciário, porém o que será consensual é a escolha desse instituto e de uma série de regras pertinentes a esse procedimento (CAHALI, 2017, p. 45).

Diferente da arbitragem, os outros métodos em estudo–negociação, conciliação e mediação – são, como visto, autocompositivos. Por assim se apresentarem, são próximos entre si, de modo que sua definição muitas vezes gera controvérsias acadêmicas e práticas (LEVY, 2013, p. 55). No entanto, algumas diferenças podem ser delineadas.

A negociação ocorre de maneira direta entre as partes, sem a interferência de terceiros, por meio da qual há avaliação e proposição de opções de concessões, trocas de vantagens, discussão de condições mutuamente aceitáveis e equitativas (CAHALI, p. 45). Exceção à atuação direta na negociação ocorre quando as partes contratam os "negociadores", que serão terceiros que representantes da parte contratante e

que defenderão os interesses desta (CAHALI, 2017, p. 45).

Sem adentrar no método utilizado para cada uma das técnicas, essa é uma das principais distinções da negociação para a conciliação e a mediação: nestas últimas, há a presença de um terceiro imparcial (LEVY, 2013, p. 56). Daniela Monteiro Gabbay destaca que a negociação, mesmo que possa ser uma forma independente de resolver conflitos, pode ser incluída no contexto dos outros mecanismos, possuindo ferramentas e técnicas úteis tanto às formas consensuais quanto adjudicatórias de solução de conflito (apud LEVY, 2013, p. 56).

Passado ao estudo da conciliação e da mediação, suas distinções devem ser muito bem pontuadas. Embora suas características sejam semelhantes, por compartilharem de alguns aspectos, tais como: o paradigma da autonomia, a liberdade e a responsabilidade das pessoas na solução dos conflitos, ainda assim há diferenças importantes, especialmente no procedimento e nas funções de cada uma (LEVY, 2013, p. 57).

Como já mencionado, em ambas há um terceiro imparcial que facilita a composição entre os interessados. Porém, na conciliação a meta principal é a solução do problema, alcançando-se um acordo razoável entre as partes, sem adentrar na análise do conflito propriamente dito (CAHALI, 2017, p. 46).

Aldemir Buitoni afirma com propriedade que o conciliador permanece na superficialidade do conflito, sem adentrar em questões intersubjetivas, emocionais e nas causas do conflito, mantendo foco nas vantagens de um acordo em que, para se verem livres do problema, cada uma das partes cede um pouco (apud CAHALI, 2017, p. 46).

Segundo Francisco José Cahali (2017, p. 46), esse método é mais adequado à solução de conflitos objetivos, que se pretende encerrar e que não houve convivência ou vínculo pessoal significativo anterior. Além disso, não há intenção de gerar ou estabelecer uma relação continuada envolvendo as partes, de tal maneira que o conflito se apresenta de forma circunstancial.

O conciliador tem o propósito de apontar as vantagens da composição, mostrando os riscos de judicialização da demanda, incentivando que as partes proponham soluções favoráveis (CAHALI, 2017, p. 46). Por ser mais superficial e objetiva, o desenvolvimento da conciliação tem como característica a rapidez e a menor complexidade, do que se comparada à mediação, como afirma Francisco Cahali (2017, p. 47). No mesmo sentido, Adolfo Braga Neto (apud LEVY, 2013, p. 58) afirma que a conciliação muitas vezes se restringe a apenas uma reunião.

Diante desses aspectos, são alguns casos em que a conciliação é adequada: acidentes de trânsito e responsabilidade civil em geral; divergências comerciais de natureza consumerista, entre prestadores de serviços e clientes (CAHALI, 2017, p. 46).

Por seu turno, a mediação "[...] é regida pelo paradigma do consenso que visa, sobretudo, o fortalecimento do poder de decisão das partes, a harmonização e a preservação das relações" (LEVY, 2013, p. 58).

Francisco Cahali afirma que a indicação da mediação é para conflitos em que esteja em jogo uma relação mais intensa e prolongada, com relacionamentos pessoais e jurídicos, em que as partes busquem uma nova relação com direitos e obrigações recíprocas, com vistas a viabilizarem uma convivência futura harmônica (2017, p. 47).

No tópico seguinte serão abordadas mais especificamente as características da mediação, mas, por ora, cumpre pontuar outros aspectos desta com o objetivo de diferenciá-la da conciliação.

No método da mediação, haverá uma investigação profunda por parte do terceiro mediador sobre a relação das partes e a origem do conflito, pois, embora seja interessante que as partes cheguem a um acordo, este não é o foco da técnica: perquire-se chegar ao cerne do conflito, para reaproximar as partes (CAHALI, 2017, p. 48).

Em face desse objetivo, a mediação pode ser um procedimento mais longo, com a necessidade de diversas sessões de mediação até que as partes consigam restabelecer o diálogo que fora perdido. Uma das

funções primordiais do mediador, a depender dos procedimentos que adotar, é a de conduzir as partes ao seu empoderamento, definido por Francisco José Cahali (2017, p. 47), como a condução "[...] à conscientização de seus atos, ações, condutas e de soluções, induzindo-as, também, ao reconhecimento da posição do outro, para que seja ele respeitado em suas posições e proposições".

O autor afirma que a utilização da mediação ocorre em soluções de conflitos com marcantes elementos subjetivos, como nas relações de família, na dissolução de empresas, ou em outras relações continuadas, como as de vizinhança e de contratos de franquia (CAHALI, 2017, p. 47).

Sobre a eficácia desses métodos consensuais, Francisco Cahali (2017, p. 49) afirma ser confirmado pela doutrina e pela *práxis* que, uma vez alcançada a composição através da conciliação e, mais fortemente, através da mediação, firma-se entre as partes a responsabilidade pelo cumprimento do acordo, por terem exercido seu poder de decisão na solução do conflito. Decorre desse aspecto o respeito voluntário ao cumprimento espontâneo das obrigações assumidas.

Feitas essas considerações sobre cada um dos mecanismos mais utilizados como alternativos aos sistema da sentença estatal, merecem citação, mais uma vez, as ponderações de Fernanda Levy, segundo a qual estes meios de resolução de conflitos têm tendência de se fortalecerem no ordenamento jurídico, pois, referindo-se à crescente utilização da arbitragem e da mediação privada, menciona que as transformações que vêm ocorrendo em nossa sociedade são significativas, despontando esses mecanismos como formas seguras e eficazes de resolução de conflitos (2013, p. 29).

A autora também sintetiza como vantagens desses métodos a expressão da autonomia privada das partes, que podem escolher o terceiro que conduzirá a gestão do conflito e a flexibilidade, afirmando que esses métodos podem conviver com os meios judiciais. Prosseguindo, sustenta que esses procedimentos são estruturados para

oferecerem rapidez e eficiência para a resolução das demandas e, por esse motivo, implicarem em menos custos (LEVY, 2013, p. 60).

São diversas as metodologias e posturas que podem ser utilizadas diante de um conflito, sendo que as formas consensuais e privadas demonstram grande efetividade nos casos em que são utilizadas. O desafio é identificar qual delas é melhor aplicável ao conflito em análise, sopesando-se a origem dele (se objetiva ou subjetiva), as características das pessoas envolvidas, os pormenores, a abrangência e os reflexos posteriores (CAHALI, 2017, p. 48).

Assim, cumpre a quem for procurado para orientar as partes, seja ele o juiz, o advogado, ou outro intermediário, saber identificar esses aspectos e encaminhá-las de maneira adequada e assertiva para uma das técnicas disponíveis.

4. MEDIAÇÃO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Dentre os métodos de solução de conflitos apresentados, merece destaque a mediação, cuja utilização vem crescendo ao longo dos últimos anos, o que pode ser evidenciado com a promulgação da Lei 13.140, em 26 de junho de 2015, chamada de Lei da Mediação, que confirmou a mediação judicial e trouxe regramento legal para a mediação extrajudicial, bem como para a autocomposição de conflitos com a Administração Pública.

Sua aplicação é também objeto de crescimento exponencial em diversos ramos do direito, inclusive os privados, como o empresarial. Para abordar seu uso neste campo, primeiramente é mister trazer ao estudo os aspectos e características específicos da mediação.

Nos termos da Lei da Mediação (Lei n. 13.140, de 2015), este é um procedimento informal, voluntário e confidencial de resolução de conflitos que envolve a autodeterminação dos envolvidos na busca de uma solução adequada e eficaz. O mecanismo é utilizado com o auxílio de um terceiro, imparcial e independente, que é o mediador, a quem cumpre facilitar o diálogo entre as partes (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, leia-se o artigo 1º da Lei 13.140:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
>
> Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (grifou-se)

Para Cristina Merino Ortiz (2010, p. 27), a mediação deve ser entendida como "[...] *um tipo de negociação assistida por uma terceira pessoa imparcial, que facilita a comunicação construtiva e se fundamenta nos interesses comuns das partes em conflito*".

Francisco José Cahali (2017, p. 87) é mais abrangente na conceituação, afirmando que "*A mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza compositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua como facilitador no processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito*".

Como se denota dessas definições, "mediação" é o termo utilizado para definir um procedimento informal em que duas ou mais partes mantêm um diálogo com vistas a solucionar um conflito, viabilizado e assistido por um terceiro imparcial, o qual empregará técnicas específicas para auxiliá-las a manterem uma comunicação sadia.

Assim, durante todo o procedimento da mediação, as partes detêm o controle sobre o resultado, não cabendo ao mediador julgar ou identificar culpados, mas promover o diálogo, propiciar um contexto de confiança entre os envolvidos e viabilizar que estes construam uma solução que contemple os interesses de todos (AGUIAR, 2007, p. 99).

Águida Arruda Barbosa (2013, p. 131) também pontua relevante característica do processo de mediação: ela não visa ao acordo. Seu objetivo primordial é facilitar a comunicação entre os protagonistas. O mediador não julga ou exclui, tampouco intervém, sugere ou induz. Prossegue a autora, afirmando que:

> Sua atividade consiste em técnicas, a exemplo do uso de perguntas adequadas e pontuais, de colher oportunidades para pedir esclarecimentos, elucidando pontos obscuros, sob sua ótica, até que os protagonistas saiam do nível de uma comunicação inadequada – no atalho e não no caminho – para se elevarem ao nível que os capacita à recuperação da capacidade de se responsabilizarem por suas escolhas. (BARBOSA, 2013, p. 131).

Em breves palavras, Fiorelli (2008) assim se manifesta quanto à definição da técnica: "*A mediação constitui um processo de transformar antagonismos em convergências, não obrigatoriamente em concordâncias, por meio da intervenção de um terceiro escolhido pelas partes.*".

Também é válida a definição de Fernanda Tartuce (2008 apud CAHALI, 2017, p. 87), para quem "*A proposta da técnica é proporcionar um outro ângulo de análise aos envolvidas: em vez de continuarem as partes focando suas posições, a mediação propicia que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos*", conseguindo assim, por si mesmas, melhor visualizarem os meandros de seu conflito, a fim de protagonizarem uma solução de consenso.

Por objetivar prevenir ou corrigir os pontos de divergência que decorrem das interações e organizações humanas, a mediação é indicada para as situações em que há um vínculo jurídico ou pessoal continuado entre as partes, do que decorre a necessidade de serem investigados os elementos subjetivos que levaram ao estado de desentendimento (CAHALI, 2017, p. 87).

Nesse contexto, o papel do mediador é de criar um ambiente e condições que propiciem a comunicação entre os mediados, para que "[...] *aos poucos, emoções, mágoas, ressentimentos, frustações ou outros ensinamentos sejam superados para facilitar a escuta e o respeito à posição do outro*" (CAHALI, 2017, p. 88). Assim, como se extrai do ensinamento de Christopher W. Moore (apud CAHALI, 2017, p. 88), "[...] *o acordo passa a ser a consequência lógica, resultante de um bom trabalho de cooperação realizado ao longo de todo o procedimento, e não sua premissa básica*".

Muito interessante também é a conclusão de Buitoni (apud CAHALI, 2017, p. 88), para quem "*A mediação atua em todos os níveis, é um procedimento ligado a uma visão sensorial da vida e não a lógica da razão*".

Graças a esses aspectos e a outras vantagens, como economia de tempo, confidencialidade e flexibilidade, a mediação ganhou respeito e território nos últimos tempos, em todas as searas em que existem conflitos a serem tratados e analisados (CAHALI, 2017, p. 90).

Embora seja um procedimento informal, que consiste verdadeiramente, em um conjunto de técnicas, a fim de regulamentar sua utilização na esfera judicial e conferir legitimidade para a atuação de mediadores e câmaras de mediação de caráter privado, de maneira extrajudicial, foi aprovada a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e promulgada a Lei 13.140/2015, já mencionadas anteriormente.

Para esclarecer o assunto e melhor compreender a amplitude de utilização do instituto da mediação, cumpre destacar que, a nível de administração da justiça por parte estatal, a Lei da Mediação prevê a existência de mediadores judiciais e extrajudiciais. A diferença entre ambos é a formação, habilitação e autorização, bem como o cadastro do mediador no banco de dados do Tribunal. Assim se lê dos artigos 9º e 11 da lei:

> Dos Mediadores Extrajudiciais
>
> Art. 9º Poderá funcionar como **mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação**, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.
>
> Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.
>
> Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.
>
> Subseção III

> Dos Mediadores Judiciais
>
> Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados–ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.
>
> Art. 12. Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.
>
> § 1º A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação.
>
> § 2º Os tribunais regulamentarão o processo de inscrição e desligamento de seus mediadores.
>
> Art. 13. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei. (BRASIL, 2015). (grifou-se)

Como se verifica do texto legal, a mediação pode assumir caráter judicial, quando realizada por mediador credenciado, ou extrajudicial, por mediadores autônomos ou institucionalizados, através de câmaras e institutos de mediação. Inclusive, no que se refere ao momento de sua realização, pode ocorrer antes ou no curso da arbitragem ou de uma ação judicial (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 289)

Independente de qual modalidade seja adotada, como princípios norteadores da mediação podem ser citados: autonomia da vontade das partes, imparcialidade, independência, credibilidade, competência, confidencialidade, diligência, acolhimento das emoções dos mediados, isonomia entre as partes e boa-fé (CAHALI, 2017, p. 92-97)

Dentre as técnicas de mediação, destacam-se: o modelo de Harvard, o modelo transformativo e o modelo circular-narrativo. O primeiro procura separar as pessoas do problema e se assemelha com a conciliação, buscando uma análise objetiva; o segundo tem como

objetivo transformar as pessoas para se conscientizarem a respeito da posição da outra parte, enquanto que o terceiro provoca que as partes reavaliem o conflito, suas circunstâncias e condições, a fim de colaborarem para o entendimento da questão, através de perguntas circulares e reflexivas (CAHALI, 2017, p. 100).

Por envolver as relações humanas, a dimensão da mediação é vasta, podendo ser utilizada em conflitos familiares, empresariais ou corporativos (a seguir descritos com mais afinco), na Justiça restaurativa (que trata de procedimentos criminais ou infracionais), nas escolas, na Administração Pública e na mediação coletiva, além de outras modalidades ainda não tanto exploradas, como a trabalhista, a ambiental e a comunitária (CAHALI, 2017, p. 101-105).

O procedimento da mediação é marcado pela liberdade, como aponta Cahali (2017, p. 107). Assim, as previsões legais devem ser interpretadas como orientações, de caráter meramente sugestivo, de tal forma que a mediação, especialmente privada, se desenvolva de acordo com o previsto na Lei 13.140/2015, porém sem deixar que isso contamine sua eficácia e eficiência.

Vistos os detalhes procedimentais, cumpre apontar um aspecto relevante da Lei 13.140/2017, que, segundo seu artigo 17, parágrafo único, determina que "*Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.*", fator muito relevante para se optar pelo procedimento, haja vista que muitas ações são instauradas em virtude do prazo prescricional, provocando a inflamação do conflito (CAHALI, 2017, p. 112).

Outro efeito prático do procedimento de mediação é que, finalizado por acordo, o termo de encerramento terá força e validade de título executivo extrajudicial e, ainda, se homologado judicialmente, transforma-se em título executivo judicial (artigo 20, *caput* e parágrafo único da Lei 13.140/2017) (BRASIL, 2015).

Com essas vantagens, a mediação alcança a solução de conflitos além daqueles que já compõem uma demanda, seja ela judicial ou

arbitral, pois sua dimensão de aplicação é vasta (CAHALI, 2017, p. 101). Cahali aponta questões que podem ser resolvidas através desse instituto, exemplificando com: a mediação familiar, cujos conflitos requerem uma atenção multidisciplinar, em face de envolver sobremaneira sentimentos, comunicação e uma elevada carga de subjetividade em sua origem (2017, p. 101); a mediação empresarial ou corporativa, utilizada tanto em conflitos internos, quanto externos das empresas, cuja aplicação ganhou expressividade após o lançamento do Pacto da Mediação[2]; a Justiça restaurativa, experiência envolvendo atos infracionais, através da qual se constatou a redução da reincidência; a mediação escolar, que é de caráter preventivo a ações judiciais; a mediação na Administração Pública e mediação coletiva, com o funcionamento da CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, inclusive resolvendo conflitos relacionados à prestação de serviços públicos (CAHALI, 2017, p. 105). O autor também destaca outras aplicações, como a trabalhista, a comunitária, a de recuperação judicial e falência, dentre outras (CAHALI, 2017, p. 106).

Como se verifica, o movimento de reconhecimento e utilização da mediação como uma maneira eficaz de solução de conflitos vem sendo difundido no Brasil, de tal forma que o Judiciário, as instituições sociais, as empresas e suas entidades representativas estão cada vez mais tomando consciência da importância dessa ferramenta para a solução dos conflitos. O tempo da mediação certamente há chegado. O movimento da sociedade, mundial e nacional, é no sentido de legitimar tal maneira de solucionar os conflitos, resgatando técnicas milenares para alcançar a almejada pacificação social, seja ela no âmbito familiar, empresarial, coletivo, ambiental, ou tantos outros.

5. CONCLUSÃO

Foram relevantes os avanços que a sociedade brasileira

2 Lançado 2014 pelo Centro e Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP/FIESP), firmado entre instituições de ensino e de representatividade econômica, com o intuito de criar o compromisso entre os signatários de fomentar e prestigiar a prática deste mecanismo (CAHALI, 2017, p. 90).

experimentou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, especialmente com a previsão de garantias e a conscientização da busca pela concretização de direitos. Embora o movimento que se seguiu tenha sido o da judicialização de conflitos, não se pode deixar de reconhecer a importância do passo dado, no momento oportuno.

Embora os métodos consensuais, como a mediação, sejam métodos milenares de solução de conflitos, com o desenvolvimento econômico e industrial a sociedade passou por diversas transformações que requereram a declaração de direitos, ao mesmo passo em que contribuiu para o cultivo de uma cultura de judicialização das controvérsias havidas no relacionamento social. Com esse movimento, a sobrecarga do Judiciário foi um fenômeno inevitável.

Certamente o congestionamento do Poder Judiciário sinaliza que a população está o acessando efetivamente. Todavia, o direito de ação é apenas uma das facetas do acesso à Justiça, que precisa ser interpretado como a garantia à sociedade de ter a salvaguarda de seus direitos de maneira justa e efetiva.

Na perspectiva de reduzir o custo econômico e social do conflito e solucioná-lo de forma adequada, a comunidade jurídica global passou a avaliar a aplicação de métodos de resolução de impasses que fossem alternativos às demandas judiciais, resgatando o uso de técnicas como a mediação, a negociação, a arbitragem e outras. Sob a denominação de sistema "multiportas", o acesso à justiça passou a ser compreendido não apenas como a utilização do Judiciário, mas de qualquer instituição ou profissional, a ser escolhido pelas partes, apto a resolver seus impasses da maneira que estas julguem ser a mais adequada.

A mediação, por efetivamente ser um mecanismo com muitos resultados positivos, como a economia de tempo, confidencialidade, flexibilidade e o reestabelecimento do diálogo, ganha força com essa nova visão dos mecanismos de pacificação social.

Com a mediação despontando como uma alternativa eficaz para os problemas que envolvem a prestação jurisdicional no Brasil,

o desafio que se segue é o de garantir que esse instituto seja adequadamente prestado aos jurisdicionados, seja no âmbito judicial ou extrajudicial, a fim de que sejam obtidos todos os resultados que a técnica é capaz de proporcionar.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *A Humanização do Sistema Processual como forma de Realização dos Princípios Constitucionais: Mediação e Justiça Restaurativa.* 2007, 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Centro Universitário Toledo Araçatuba, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075327.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>. Acesso em 12 nov. 2017.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação em empresas familiares. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Mediação de conflitos.* São Paulo: Atlas, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* – limites e possibilidade da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 23 out. 2017.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação:* Resolução CNJ 125/2010. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos*: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas:* a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação:* guia prático para conciliadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ORTIZ, Cristina Merino. Gestão estratégica de conflitos em âmbito empresarial: transferência a partir da prática da mediação. In: AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação Empresarial:* aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE GOIÁS – GESTÃO 2016-2018

Diretoria da OAB/GO

Lúcio Flávio Siqueira de Paiva - Presidente
Thales José Jayme - Vice-Presidente
Jacó Carlos Silva Coelho - Secretário-Geral
Delzira Santos Menezes - Secretária-Geral Adjunta
Roberto Serra da Silva Maia – Tesoureiro

Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/GO

Rafael Lara Martins - Diretor-Geral
Giovanny Heverson de Mello Bueno - Diretor-Adjunto
Luciana Lara Sena Lima - Diretora-Adjunta
Rildo Mourão Ferreira - Diretor-Adjunto

Conselho Federal da OAB/GO

Dalmo Jacob do Amaral Júnior
Fernando de Paula Gomes Ferreira
Leon Deniz Bueno da Cruz
Marcello Terto e Silva
Marisvaldo Cortez Amado
Valentina Jungmann Cintra

Diretoria da CASAG

Rodolfo Otávio Pereira da Mota Oliveira – Presidente
Marcelo Di Rezende Bernardes - Vice-Presidente
Ana Lúcia Amorim Boaventura - Secretária-Geral
Estênio Primo de Souza - Secretário-Geral Adjunto
Carlos Eduardo Ramos Jubé - Direto Tesoureiro
Cácia Rosa de Paiva - Diretora-Adjunta
Helvécio Costa de Oliveira - Diretor-Adjunto
Osório Evandro de Oliveira Silva - Diretor-Adjunto
Tênio do Prado - Diretor-Adjunto
Thiago Mathias Cruvinel - Diretor-Adjunto

Conselho Seccional da OAB/GO

Aibes Alberto da Silva
Allinne Rizzie Coelho Oliveira Garcia
Ana Carollina Ribeiro Barbosa
Ana Paula Félix de Souza Carmo Gualberto
André Luis Cortes de Souza
Arcênio Pires da Silveira
Ariana Garcia do Nascimento Teles
Bárbara de Oliveira Cruvinel
Bartira Macedo de Miranda Santos
Carla Franco Zannini
Carlos André Pereira Nunes
Caroline Regina dos Santos
Colemar José de Moura Filho
Daniella Grangeiro Ferreira
Danilo Di Rezende Bernardes
Danúbio Cardoso Remy
David Soares da Costa Junior
Diego Martins Silva do Amaral
Dirce Socorro Guizzo
Eduardo Alves Cardoso Júnior
Eliane Ferreira Pedroza de Araújo Rocha
Eliane Simonini Baltazar Velasco
Erlon Fernandes Cândido de Oliveira
Fabrício Antônio Almeida de Brito
Fabrício Cândido Gomes de Souza
Fabricio Rocha Abrão
Flávia Silva Mendanha Crisóstomo
Flávio de Oliveira Rodovalho
Flávio Henrique Silva Partata
Henrique Alves Luiz Pereira
Idélcio Ramos Magalhães Filho
Iraci Teófilo Rosa
Janine Almeida Sousa de Oliveira
Janúncio Januário Dantas
Jean Pierre Ferreira Borges
Jônatas Moreira
José Carlos Ribeiro Issy
José Humberto Abrão Meireles
José Mendonça Carvalho Neto
Juscimar Pinto Ribeiro
Leandro de Oliveira Bastos
Leandro Martins Pereira
Leandro Melo do Amaral
Lilian Pereira de Moura
Luciano de Paula Cardoso Queiroz
Luis Gustavo Nicoli
Marcos Cesar Gonçalves de Oliveira
Marlene Moreira Farinha Lemes
Maura Campos Domiciana
Maurício Alves de Lima
Milena Maurício Moura
Nadim Neme Neto
Osmar de Freitas Junior
Paulo Gonçalves Paiva
Philippe Dall'Agnol
Rafael Lara Martins
Raphael Rodrigues de Ávila Pinheiro Sales
Renata Abalém
Renata Medina Felici
Ricardo Gonçalez
Ricardo Silva Naves
Rildo Mourão Ferreira
Rodnei Vieira Lasmar
Rodrigo Lustosa Victor
Romildo Cassemiro de Souza
Rubens Fernando Mendes de Campos
Sara Mendes
Scheilla de Almeida Mortoza
Sérgio Murilo Inocente Messias
Simon Riemann Costa e Silva
Sirlene Moreira Fidélis
Telmo de Alencastro Veiga Filho
Valdir José de Medeiros Filho
Valéria Alves dos Reis Menezes
Vandelino Cardoso Filho
Vasco Rezende Silva
Vitor Hugo Albino Pelles
Viviany Souza Fernandes
Waldemir Malaquias da Silva
Weliton Soares Teles